الطلاق والتطليق وآثارهما

المستشار
أحمد نصر الجندي
نائب رئيس محكمة النقض المصرية سابقاً

٢٠٠٤

دار الكتب القانونية
مصر - المحلة الكبرى
السبع بنات - ٢٤ ش عدلى يكن
ت : ٢٢٢٧٢٦٧/٠٤٠ فاكس : ٢٢٢٤٦٨٢/٠٤٠
محمول : ٠١٢٣١٦١٩٨٤ ص . ب : ٢٥٥

الطلاق والتطليق

وأثارهما

المستشار

أحمد نصر الجندى

نائب رئيس محكمة النقض المصرية سابقاً

٢٠٠٤

دار الكتب القانونية

مصر ـ المحلة الكبرى

السبع بنات ـ ٢٤ ش عدلى يكن

ت : ٢٢٢٧٣٦٧ ,٠٤٠ فاكس : ٢٢٢٤٦٨٢/٠٤٠

محمول : ٠١٢٣١٦١٩٨٤ ص . ب : ٢٥٥

بسم الله الرحمن الرحيم

الزواج شرع الله لعباده ، وآية من آياته ، قال تعالى " ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا إليها ، وجعل بينكم مودة ورحمة ، إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون " سورة الروم – ٢١ . فالزواج آية من آيات الله الذى يَعْلَم مَنْ خَلَقْ ، ويعلم فطرته التى فطر الناس عليها ، ويعلم غرائزهم وطباعهم ، ويعلم سبحانه أن الإنسان لا يستغنى عن الإلف جسدياً ونفسياً من أجل ذلك شرع الزواج ليحقق للإنسان أهدافاً لا غنى عنها : إرضاءاً للغريزة الفطرية ، والحصول على الولد على نحو مشروع ، والأنس النفسى إلى الإلف والسكن إليه ، والتعاون معه على شدائد الحياة وأحداثها وصروفها .

وكل الأهداف والدوافع التى يتزوج الناس من أجلها لا تخرج عن هذه الأهداف الثلاثة فى مجموعها ، وإن لم تتحقق الأهداف الثلاثة جميعها فى كل زواج . وقد يكفى هدف تحقيق بعضها بالنسبة إلى بعض الناس فى دفعهم نحو طلب الزواج وتحقيقه . أما الثلاثة معاً فتمثل الهدف المثالى المتكامل [١] .

فالزواج فى الإسلام صلة مشروعة بين الرجل والمرأة فيها السكن والمودة والرحمة والألفة والاندماج الذى يبعث على الاستقرار . والزواج كمال روحانى أراده الله لعلاقة الرجل بالمرأة فوضع له أحكاماً تؤكد ذلك ، وجعلها أصلاً من الأصول الاجتماعية .

والإسلام ينوه بأن الزواج سبيل الصفوة الذين يسنون للناس سبل السلام ، ومنهاج الخير والصلاح ، فيقول عز من قائل لرسوله صلى الله عليه وسلم

---

[١]) مكانة المرأة فى القرآن الكريم والسنة الصحيحة . د / محمد بلتاجى

" ولقد أرسلنا رسلاً من قبلك وجعلنا لهم أزواجاً وذرية " الرعــد – ٣٨ . والرسول الكريم يجعل الزواج نصف الدين فى قوله " إذا تزوج العبد فقــد استكمل نصف الدين " [١] . وهو صلى الله عليه وسلم القائل " أربـــع مـــن سنن المرسلين ، وذكر إحداهن الزواج . وهو أيضاً القائــل " يـــا معشــر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج ، ومن لم يستطع فعليه بالصوم " من أجل ذلك نجد ابن حزم وجماعة من علماء المسلمين يقولون إن الزواج " فرض لازم " للمسلم القادر ، فمن تركه أو تثاقل عنه فهو آثم ، إثم مـــن ترك فريضة من فرائض الإسلام . وهناك من الفقهاء من قال إن الـــزواج واجب [٢] . والإسلام يحث على بقاء الزوجيـــة ، ويشـــرع لاســـتقرارها واستمرارها ، فيقول رب العزة : " وعاشروهن بـــالمعروف " ويقـــول " إمساك بمعروف " وينبه رسول الإسلام إلى أن " خياركم خياركم لنسائهم " ويقول " خيركم خيركم لأهله ، وأنا خيركم لأهلى " [٣] . وعن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال " لا يفرك مؤمن مؤمنـــة إن كـــره منها خلقاً رضى منها آخر " [٤] . وروى أيضاً عنه صلى الله عليه وســـلم أنه قال " ليس مِنّا من خبَّبَ امرأة على زوجها " خبب أى أفسد [٥] .

والزواج الذى شرعه الإسلام ، ميثاق غليظ للمرأة – أى إمساك بمعروف وتسريح بإحسان . قال تعالى " وأخذن منكم ميثاقا غليظا " فالله عز وجل

---

[١]) رواه الترومذى .

[٢]) الواجب شرعاً – هو ما طلب الشارع فعله من المكلف طلبا حتماً – أى جازماً – بأن اقتران طلبه بما يدل على تحتيم فعله . والواجب يرادف الفرض عند الجمهور من الفقهاء ، والفرض عن الأحناف ما ثبت بدليل قطعى لا شبهة فيه كوجوب الصلاة والحج والزكاة ، فهذه فرائض ثبتت بالكتاب ، وهو ثبوت قطعى . أما الواجب فهو ما ثبت بدليل ظنى . وعلى تقسيم الأحناف من ينكر الفرض يكفر لإنكاره أمراً معلوماً من الدين بالضرورة ، بخلاف من ينكر الواجب فإنه لا يكفر بهذا الإنكار .

[٣]) رواه ابن ماجه .

[٤]) رواه مسلم .

[٥]) رواه أبو داود .

يخاطب الرجل ، بأن الزواج ميثاق – وأى ميثاق – إنه ميثاق غليظ – وهذا وصف الله له .

والله عز وجل يعلم أن نفس الإنسان متغيرة ، يَجِدُّ عليها ما لم يكن في حسبانها ، وقد يجد عليها ما يستحكم به النفور بين الرجل وامرأته ، بما لم يكن معه معاشرة بمعروف أو إمساك بإحسان ، فأرشد رب الناس إلى الإصلاح ، وبين وسائله بين الزوجين بالوعظ أولاً – أى النصيحة الحسنة فإذا لم ينجح الوعظ ، فالهجر فى المضجع أى فى حجرتها الخاصة دون انقطاع بينهما – لأن تعمد هجر الفراش أو الحجرة الخاصة التى بها مضجعها فيه زيادة فى العقوبة لم يقل بها الله عز وجل ولم يأذن بها فإذا لم ينجح الوعظ والهجر ، فهناك الإيذاء البدنى الذى لا يترك أثرا ولا يؤذى بدناً ، ولا يشوه وجهاً . وهذا التدرج فى معاملة الزوجة الناشز ، هو من عند العليم الخبير الذى بدأ بالوعظ ، ثم الهجر ، ثم الضرب قال تعالى " واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن فى المضاجع واضربوهن ، فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا ... " وهنا نتساءل من تضرب – إذن – من الزوجات ، هى الناشز التى لا تنفع معها موعظة ولا هجراً ، وهى ناشز أى عاصية . يقول الأستاذ الكبير عباس محمود العقاد إن المقام مقام عقوبة ، بل مقام عقوبة بعد بطلان النصيحة وبطلان القطيعة ، ولم يخل العالم الإنسانى رجالاً ونساءاً ممن يعاقبون بما يعاقب به المذنبون ، فما دام فى هذا العالم امرأة من ألف امرأة تصلحها العقوبة ، فالشريعة التى يفوتها أن تذكرها هى شريعة ناقصة . والشريعة التى تؤثر عليها عدم الأسرة ، مقصرة ضارة ... وهذه العقوبة الى جاءت بعد النصح والهجر ، ما أبيحت إلا لاتقاء ما هو أكره منها هو الطلاق فهو أبغض الحلال إلى الله

دراستنا فى هذا الكتاب عن :

الطلاق ، التطليق فى بابين ثم آثارهما فى باب ثالث

والله ولى التوفيق

المستشار

أحمد نصر الجندى

النائب السابق لرئيس محكمة النقض المصرية

الباب الأول

الطــــلاق

الباب الأول
فى
الطـــلاق

إن شريعة الإسلام – فى مسألة الطلاق – شريعة دين يحيط به رب الناس . وشريعة دنيا تنظر إلى طبائع الناس – رجالاً ونساءاً – وتعمل لما فيـــه خيرهم وصلاحهم ، فتيسر الأمور ، وتتجنب التشديد الذى لا يجدى شـــيئاً فى المحافظة على قداسة الزوجية ، التى هى من سنة الإسلام ، ومن سنة الإسلام ، ومن مقاصده ، إذ لا رهبانية فيه ، ولا مقاطعة للزواج .

والطلاق فى الإسلام قسوة مكروهة ، فمباشره يباشر أبغض الحلال إلـــى الله ، لذلك جعل الله منها مخرجاً قبل الإقدام على الطلاق ، بما يستطاع من عمل الزوج والزوجة ، ثم عمل الأسرة ، والقادرين – فى هـــذا الأمـــر – على الهداية والإصلاح . والله عز وجل قال " إن يريدا إصلاحاً يوفق الله بينهما " وكأن الله يختبر إرادة الزوجين فى مجلس الإصلاح . فإذا استنفدت وسائل الإصلاح ، واستحكم الخلاف ، فليس هناك من حلٍ آخر يغنى عنه – إلا الفراق – لأن البقاء مع إستحتام الخلف يكون أشد قسوة وأقل نفعاً .

إن الإسلام لم يبح الطلاق إلا لضرورة ، ومع هذه الإباحة قيده بضـــوابط وحدود ، حتى لا يقرب منه أحد إلا مضطر ، فالطلاق حيلة من لا حيلة له فى الوفاق ، ورغم ذلك يذكرنا رسول الإسلام بقوله " ما خلـــق الله شـــيئاً أبغض إليه من الطلاق ويقول " تزوجوا ولا تطلقوا فإن الطلاق يهتز لـــه عرش الرحمن " ويقول " ما بال أحدكم يلعب بحدود الله ، فيقول قد طلقت ، قد راجعت " ويقول عليه الصلاة والسلام " أيلعب بكتاب الله وأنـــا بـــين أظهركم " قال ذلك فى رجل طلق زوجته بغير ما أحل الله ، لأنه لم يكـــن

بينهما من الدواعى الجادة الخطيرة الموجبة للفراق بينهما . فالإقدام على فصم الميثاق الغليظ الذى جمعهما عبث يتنافى مع ما لسنن الله فى كونه من وضاءة وهيبة .

إن أمر الطلاق ليس على ما يفهمه عوام الناس من هوان الشأن وسلامة العقبى ، بل هو أمر خطير – أباحه الإسلام على كراهية لمن انقطعت فى وجهه السبل – وضيق على الزوج مسالكه ، حتى فيما يكره من أخلاق زوجته قال تعالى " فإن كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئاً ويجعل الله فيه خيراً كثيرا " . فالزوج مندوب إلى إمساك الزوجة حتى مع الكراهية .

والزوجة فى الإسلام لا تطلق إلا من أمر عصى الحل على الزوجين ، وعلى أهلها ، ولا يكون بعده إلا استحكام النفور والخلف بينهما ، ولا يكون فى البقاء على الزوجية إلا مفسدة محضة ، وضرر مجرد ، والأصل فى الإسلام أنه " لا ضرر ولا ضرار " والفراق بين الزوجين قد يكون بالطلاق ، وقد يكون بغيره ، يقول الكاسانى من الأحناف إن " لوقوع الطلاق بين الزوجين أسباب ، لكن الواقع ببعضها ، فرقة بطلاق ، وببعضها فرقة بغير طلاق ، وفى بعضها تقع بغير قضاء ، وفى بعضها لا تقع الفرقة إلا بقضاء القاضى [1] .

الفرق بين الزوجين

الفرقة بين الزوجين نوعان عند الأحناف هما :

أولاً : فرقة بطلاق – وتكون إذا حصلت الفرقة بسبب من جهة الزوج ، ويكون هذا السبب مختصاً بالنكاح ، وليس له مثيل من جانب الزوجة يترتب عليه حدوث فرقة من قبلها كالفرقة بسبب الإيلاء .

---

[1]) البدائع لكاسانى جزء ٢ ص٣٣٦ .

ثانياً : فرقة بفسخ . وذلك فى حالة ما إذا نشأت الفرقة من جانب الزوجة بسبب لا يكون له مثيل من جانب الزوج كالفرقة بسبب تمكينها ابن زوجها من نفسها .

وهناك نوع من الفرقة بسبب يجوز أن يكون من جانب كل من الزوجين ، كارتداد أحدهما عن الإسلام ، أو إبائه عن الدخول فى الإسلام إذا أسلمت الزوجة وكان الزوج غير مسلم . يقول أبو حنيفة إذا كانت الفرقة بسبب الزوج بإبائه الإسلام فالفرقة طلاق . أما إذا كانت الفرقة بسبب ردة الزوجة فالفرقة فسخ . وأبو يوسف يقول إن الفرقة بسبب من جانب الزوج فسخ ويقول محمد هى طلاق .

والفرقة – بين الزوجين – عند المالكية – ضابطها عقد النكاح ، فإن كان فى صحته خلاف خارج عن مذهب المالكية – وكان هذا الخلاف مشهوراً ، فالفرقة تكون طلاقاً ، مثل تزويج المرأة نفسها ، وزواج المُحْرِمِ . وقيل التفريق بين الطلاق والفسخ ينظر فيه إلى السبب الموجب للفرقة ، والسبب عندهم نوعان – فإذا كان السبب غير راجع إلى الزوجين – ولا يصح بقاء الزوجية مع قيام هذا السبب ، فإن الفرقة فيه فسخاً وليست طلاقاً . مثال نكاح المرأة المُحَرَّمَةِ على الرجل الذى تزوجها بسبب رضاع ، أو نكاح فى العدة ، أما إذا كان السبب مما يجوز معه استمرار الحياة الزوجية – كما إذا كان السبب عيباً – فإن الفرقة إذا وقعت تكون طلاقاً .

الشافعية والحنابلة يرون أن الفرقة تعد طلاقا إذا كانت من الزوج أو نائبه بالألفاظ الدالة على الطلاق ، وفيما عدا ذلك تعتبر الفرقة فسخا .

***

الفرقة التى تعتبر طلاقاً عند الأحناف

القاعدة أن الفرقة تكون طلاقاً إذا حصلت بسبب من جهة الزوج مختص بالنكاح – أى يستوجبه عقد النكاح – ولا يكون لهذا السبب مثيل من جانب الزوجة يترتب عليه حدوث فرقة من قبلها . وعلى هذا الأساس يكون طلاقاً فى الحالات الآتية :

١) الطلاق الواقع من الزوج فى الزواج الصحيح .

٢) الخلع لأنه تعليق الطلاق على قبول المال .

٣) الإيلاء – فرقة بطلاق بائن إذا مضت مدة التربص – أربعة أشهر – من وقت الإيلاء – دون الفيئة .

٤) اللعان فرقة بطلاق بائن عند أبى حنيفة ومحمد ، وفسخ عند أبى يوسف وزفر .

٥) التفريق لعيب فى الزوج طلقة بائنة ، لأن سبب التفريق حصل من الزوج ، وهو المنع من الوطء .

٦) التفريق لفقدان الزوج – بشرط ثبوت وفاته .

وتعتبر الفرقة فسخاً عند الأحناف فى المسائل الآتية :

١) كل فرقة يكون مرجعها خلل فى عقد الزواج عند إنشائه ، كأن يكون العقد بلا شهود أو كان الزواج بمحله مانع من موانع الحل .

٢) كل فرقة يكون مرجعها سبب طارئ يمنع بقاء (العقد ، كتمكين الزوجة ابن زوجها من نفسها .

٣) الفرقة بخيار البلوغ .

٤) الفرقة بسبب اللعان عند أبى يوسف وزفر .

٥) الفرقة بسبب الغبن فى المهر – إذا عرف الولى بسوء الاختيار – الولى هنا هو الأب أو الجد الصحيح . وكذلك الزواج بغير كفء وكان ولى الزوجة غير الأب .

٦) خيار الفسخ .

٧) طلب الولى فسخ عقد الزواج لعدم الكفاءة .

الفرقة التى تعتبر طلاقاً عند المالكية

هناك روايتان عند المالكية – وهما عن الإمام مالك :

الرواية الأولى : هذه الرواية تقوم على عقد الزواج – إذ ينظر إليه ، فإن كان فاسداً ويجمع الفقهاء على فساده ، فإن الفرقة فيه تكون فسخاً لا طلاقاً . مثال زواج المتعة ، وزواج المحارم ، أما إذا كان الزواج فاسداً ، وهناك خلاف فى فساده ، وكان فاسداً عند المالكية " فالفرقة فيه تكون طلاقاً لا فسخاً كالزواج الذى تتولاه المرأة بدون وليها ، وهذا الزواج فاسد عند المالكية صحيح عند الأحناف ، وكذلك إذا كانت الفرقة فيه طلاقاً عند المالكية . وكذلك الزواج الذى يوصى الزوج شهوده بكتمان العقد عن الناس أو عن بعضهم ، وهو ما يسمى بزواج السر ، هو زواج فاسد عند المالكية صحيح عند غيرهم – الفرقة فيه طلاق لا فسخ .

الرواية الثانية : هذه الرواية تعتد بالسبب الموجب للفرقة . فإن كان السبب فى الفرقة غير راجع إلى الزوجين – مما لو أرادا الإبقاء على الزوجية مع وجود هذا السبب لم يصح بقاء الزوجية ووجب التفريق بينهما – هذا السبب تكون الفرقة بسببه فسخاً لا طلاقاً ، كما هو الحال فى نكاح المرأة المحرمة تأبيداً على الرجل بسبب رضاع أو نسب أو كان زواجها فى عدة غيره . أما إذا كان السبب مما يجوز معه استمرار الحياة الزوجية – إذا

أراد الزوجان ذلك – رغم قيام هذا السبب – فإن التفريق فيه يكون طلاقاً كالتفريق للعيب مثلاً . وعلى هذا الأساس تكون الفرقة طلاقاً عند المالكية فى الأحوال الآتية :

١) الفرقة الصادرة من الزوج بلفظ من ألفاظ الطلاق المعروفة فى الزواج الصحيح ، أو الزواج المختلف فى فساده .

٢) التفريق بلفظ الخلع فى الزواج الصحيح ، أو الزواج المختلف فى فساده

٣) التفريق بسبب الإيلاء .

٤) التفريق بسبب عيب يوجب الخيار لأحد الزوجين فى بقاء الزوجية أو عدم بقائها لأن التفريق هنا فى زواج صحيح .

٥) التفريق لعدم كفاءة الزوج – لأن الفرقة من زواج صحيح .

٦) التفريق لعدم الاتفاق أو الغيبة أو الضرر .

٧) التفريق بسبب ردة أحد الزوجين عن الإسلام فهى طلاق على المشهور فى المذهب لأنها فرقة من زواج صحيح ، بسبب أمر طارئ عليه يوجب التحريم غير المؤبد – وهو الردة .

وتكون الفرقة فسخاً عند المالكية فى المسائل الآتية :

١) الفرقة بسبب ظهور عدم صحة عقد الزواج ، كأن تكون المرأة أخت الزوج رضاعا أو نسبا .

٢) الفرقة باللعان .

٣) الفرقة بسبب إباء الزوج الإسلام بعد إسلام زوجته .

الفرقة التى تعتبر طلاقاً عند الشافعية والحنابلة .

هناك قاعدة هى : كل فرقة أوقعها الزوج أو نائبه بالألفاظ الدالة على الطلاق تعد طلاقاً وفيما عدا ذلك تعد فسخاً .

الفرق بين الفرق بالطلاق والفرقة بالفسخ

١) الطلاق إما رجعى تنتهى به العلاقة الزوجية مآلا – أى بعد فوات أجل العدة دون مراجعة من الزوج – وإما بائن ينهى علاقة الزوجية فى الحال

والفسخ ينهى رابطة الزوجية بمجرد حدوثه من غير توقف على انقضاء العدة .

٢) الطلاق ينقص عدد الطلاقات التى للزوج على زوجته سواء كان رجعياً أم بائناً .

الفسخ لا ينقضى به عدد الطلقات .

٣) الطلاق قبل الدخول بالزوجة يوجب نصف المهر .

الفسخ قبل الدخول بالمرأة لا يوجب شيئاً .

٤) الطلاق حق للزوج ، ويملك إيقاعه عند الضرورة .

الفسخ له أسباب تقارن العقد ، ولذلك كان حقاً لكل من الزوجين .

٥) الطلاق لا يكون إلا فى زواج صحيح .

الفسخ يكون فى الزواج الصحيح وغير الصحيح .

٦) الطلاق الرجعى ترث فيه الطلقة إذا مات مطلقها وهى فى عدته وهو يرثها إن ماتت وهى فى العدة .

الفسخ لا يوجب ميراثا ولو مات أحد الزوجين فى العدة لأن الفسخ نقض لعقد الزواج الذى هو السبب فى توريث كل من الزوجين للآخر .

***

الطلاق والتطليق

الطلاق يوقعه الزوج على زوجته فى الزواج الصحيح شرعاً . أما التطليق فيوقعه القاضى على الزوج ، باعتبار أن القاضى يوقعه نيابة عنه لامتناعه عن الطلاق فى حالة تستدعى الطلاق بتوافر أسبابه . ولذلك يقول القضاء إن التطليق شرع للأخذ بناصر من يلحقه الأذى والضرر من الزوجات ، حال سببه من الزوج .

التطليق الذى يوقعه القاضى طبقاً للقانون

صدر القانونان رقما ١٩٢٠/٢٥ و ١٩٢٩/٢٥ وبينا أحوال التطليق الذى يوقعه القاضى على النحو التالى :

١) التطليق لعدم الاتفاق مادة ٤ – ٥ ق ١٩٢٠/٢٥ وهذا التطليق يقع رجعياً .

٢) التطليق للعيب – ويقع بائناً . مادة ١٠ ق ١٩٢٠/٢٥ .

٣) التطليق للضرر – ويقع بائناً . مادة ٦ ق ١٩٢٩/٢٥ .

٤) التطليق لاستحكام الخلاف بين الزوجين . ويقع بائناً . مادة ٥/١١ ق ١٩٢٩/٢٥ .

٥) التطليق للغيبة – ويقع بائناً . مادة ١١ ق ١٩٢٩/٢٥ .

٦) التطليق للزواج بأخرى – ويقع بائناً . مادة ١١ مكرراً فقرة ٢ .

٧) التطليق من خلال الاعتراض على إنذار الطاعة ويقع بائناً . مادة ١١ مكرراً ثانياً ق ١٩٢٩/٢٥ .

٨) التطليق لحبس الزوج ويقع بائناً . مادة ١٤ق جلسة ١٩٢٩/٢٥ .

٩) التطليق للخلع – ويقع بائناً . مادة ٢٠ من القانون الصادر بالقانون رقم ٢٠٠/١ .

هذا ويلاحظ أن القانون ١٩٢٩/٢٥ لا يوقع الطلاق فى الحالات الآتية :

١) طلاق السكران .

٢) طلاق المكره .

٣) الطلاق غير المنجز إذا قصد به الحمل على فعل شئ أو تركه لا غير

٤) الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا طلقة واحدة .

٥) إذا كان الطلاق بألفاظ الكناية لا يقع بها الطلاق إلا بالنية .

وضع القانون قاعدة اعتبرها الأصل فى الطلاق وهى " كل طلاق يقع رجعياً " واستثنى منها :

١) الطلاق المكمل للثلاث .

٢) الطلاق قبل الدخول .

٣) الطلاق على مال

٤) كل طلاق نص القانون على كونه بائناً وهى الحالات السابقة التى يوقعها القاضى من ٢ إلى ٩ .

***

التعريف بالطلاق

الطلاق فى اللغة – المفارقة والترك – يقال طلقت القوم أى تركتهم . ويقال أطلقت الأسير من أسرة . ويقال طُلِّقَتْ المرأة من زوجها طلاقاً ، بمعنى تحللت من قيد الزواج .

والطلاق اسم مصدر لطلَّق بالتشديد . ومصدر التطليق ، ومصدر لطَلَق بالتحقيق . والطلاق فى اصطلاح الفقهاء ، له تعريفات عدة ، بحسب نظرَ كلٍّ فقيه إلى الطلاق .

قال الأحناف

الطلاق إزالة النكاح الذى هو قيد مَعْنىً [1] . وقالوا – الطلاق شرعاً رفع قيد النكاح فى الحال أو المآل بلفظ مخصوص – أى بلفظ مشتق من الطلاق أو ما فى معناه [2] . وقيد النكاح رابطة الزوجية . واللفظ المخصوص هو لفظ الطلاق صريحاً كان أو كناية .

قال المالكية

الطلاق صيغة حكمية ترفع حِلّ منفعة الزوج بزوجته [3] وقيل هو حل العصمة المنعقدة بين الزوجين [4] " وقيل هو إزالة القيد وإرسال العصمة ، لأن الزوجة تزول عن الزوج .

وقال الشافعية

الطلاق هو حل عقدة النكاح بلفظ الطلاق ونحوه [5] .

وقال الحنابلة

الطلاق شرعاً حل قيد النكاح ([6]) . وقالوا الطلاق حل قيد النكاح كله أو بعضه – إذا طلقها طلقة رجعية ، لأن له حق المراجعة فيها .

وقد عرف الفقهاء المعاصرون الطلاق بتعريفات عدة نذكر منها :

١) الطلاق حل رابطة الزوجية فى الحال أو المآل بلفظ مخصوص أو ما يقوم مقامه [7] .

---

[1]) بدائع الصنائع جزء ٤ دار الكتب العلمية بيروت ص١٨٢ .
[2]) الدار المختار ورد المحتار جزء ٣ ص٢٢٦ .
[3]) مواهب الجليل بشرح مختصر جليل جزء ٤ ص١٨ .
[4]) مقدمات ابن رشد ص٣٨٢ .
[5]) مغنى المحتاج جزء ٤ ص٢٧٩ .
[6]) المغنى لابن قدامة جزء ٧ ص٦٦ .
[7]) الأحكام الشرعية – زكى الدين شعبان .

٢) الطلاق رفع قيد النكاح فى الحال أو المآل بلفظ مشتق من مادة الطلاق أو ما فى معناها [١] .

٣) الطلاق هو الصيغة الدالة على إنهاء الحياة الزوجية فى الحال أو المآل من أهله فى محله قاصداً لمعناه [٢] .

٤) الطلاق شرعاً هو إنهاء عقد الزواج الصحيح فى الحال أو المآل ، بالصيغة الدالة عليه . أو هو حل الرابطة الزوجية فى الحال أو المآل بالصيغة الدالة على ذلك [٣] .

نخلص من التعريفات السابقة إلى عدة نتائج هى :

١) لا يكون الطلاق إلا فى الزواج الصحيح شرعاً .

٢) الطلاق فيه حل رابطة الزوجية فى الحال أى بمجرد صدوره من الزوج ، إذا كان بائناً . أو حل رابطة الزوجية فى المآل إذا كان رجعياً – بمعنى انقضاء رابطة الزوجية بانقضاء عدة المطلقة دون مراجعة فى العدة

٣) الطلاق الرجعى فيه رجاء عودة الزوج إلى زوجته والإسلام يتشوف لهذه الرجعة . بعدة وسائل من الزوج وأخرى تقوم بها الزوجة . أما الطلاق البائن فيعبر عن اليأس من عودة النكاح إلى ما كان عليه .

قضت محكمة النقض بأن الطلاق شرعاً هو حل رابطة الزوجية الصحيحة بلفظ الطلاق الصريح أو بعبارة تقوم مقام اللفظ ، ممن يملكه وهو الزوج – أو نائبه فى ذلك [٤] .

***

---

[١]) الأحوال الشخصية أبو زهرة .
[٢]) الأحوال الشخصية للصابونى .
[٣]) المفصل فى أحكام المرأة د. عبد الكريم زيدان .
[٤]) طعن رقم ٥٤/٥٤ ق أحوال شخصية .

أصل مشروعية الطلاق

الطلاق فيه إنهاء رابطة الزوجية التى أحلها الله وشرعها ، ولا يكون هذا الإنهاء إلا من أجل إزالة مفسدة محضة ، ورفع ضرر مؤكد . ولذلك لم يترك الإسلام تشريع الطلاق لإرادة البشر ، يتولاه الناس بقوانين من وضعهم ، وإنما تولى المشرع الحكيم تشريع الطلاق ووضع أحكامه ، ولذلك نجد القرآن والسنة وإجماع الأمة على مشروعية الطلاق .

أولاً : القرآن الكريم

قال تعالى " يا أيها النبى إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن ... " الخطاب من الله لرسوله – وإن كان خاصاً – إلا أن فيه حكم عام لجميع أمته ، وفى ذلك يقول الفقهاء إن هذا الخطاب من الخاص الذى أريد به العام .

قال تعالى " الطلاق مرتان ، فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ... " هذه الآية فيها بيان لعدد الطلقات ، وتقديره بثلاث طلقات ، ويجوز الرجعة فى اثنين ، ولا تجوز فى الثالثة .

ثانياً : سنة رسول الإسلام

واجه رسول الله صلى الله عليه وسلم الكثير من حالات الطلاق ، وقضى فيها ، مما يدل على مشروعيته . فقد روى أن عبد الله بن عمر طلق امرأته وهى حائض ، فسأل عمر النبىَّ صلى الله عليه وسلم فى ذلك ، فقال الرسول الكريم لعمر " مره فليرجعها ، ثم يمسكها حتى تطهر ، ثم تحيض ثم تطهر ، ثم إن شاء امسك وإن شاء طلق قبل أن يمس ، فتلك العدة التى أمر الله أن تطلق لها النساء [١] .

---

[١]) رواه البخارى .

ثالثاً : إجماع الأمة

اتفق فقهاء الإسلام على مشروعية الطلاق ، وتعرضوا له باحثين عن جميع الأوجه التى قد تعتريه ، ووضع الأحكام التى تضبط صدوره عند لزومه ، لأن فيه إنهاء الزواج القائم بشرع الله .

الحكمة من تشريع الطلاق

تشريع الطلاق فى الإسلام جاء لضرورة – هى حل ما يقوم بين الزوجين من تنافر ، إذ أثبتت النظم الاجتماعية فى الأمم ، أن فيها النافع والضار ، والذى يمكن احتماله ، والذى لا يطاق إلا بمشقة وحرج شديدين ، والحياة لا يمكن أن تستمر مع هذا الضيق الشديد ، فكان تشريع الطلاق ، حتى إذا تعذرت الحياة فى هدوء ويسر ، أمكن لزوج أن يستعمل الطلاق الذى جعله الله له فرجاً ، ومخرجاً من الضيق . فالله لم يجعل الزواج قيداً فى عنقه ، وإصراً على ظهره ، بل جعل له من ذلك مخرجاً . تحت قيد قال به الرسول الكريم " أبغض الحلال إلى الطلاق " وقوله عليه الصلاة والسلام " ما زال جبريل يوصينى بالنساء ، حتى ظننت أنه سيحرم طلاقهن "

فالطلاق فى الإسلام مشروع إذا ضاقت الحيل فى رأب الصدع ، وبهذا نطق بنتام المشرع الإنجليزى الذى يقول فى كتابه " أصول الشرائع " لو أن أحد الزوجين اشترط على الآخر – عند العقد – ألا يفارقه ، ولو حلت فى قلوبهما الكراهة محل الحب والوئام ، لكان ذلك أمراً منكراً لا يصدقه أحد من الناس ، وإذا جاز وقوعه من شابين متحابين عزهما شعور الشباب ، فظنا ألا افتراق بعد اجتماع ، ولا كراهية بعد محبة ، فإنه لا ينبغى وقوعه من متشرع خبر الطباع ، وحنكته التجارب ، إذا لو وضع متشرع قانوناً فض الشركات ، ويمنع رفع ولاية الأوصياء وعزل الوكلاء ،

ومفارقة الرفقاء ، لصاح الناس أجمعون : إنه نهاية الظلم واعتقدوا صدوره من معتوه أو مجنون ... فيا عجباً ! " إن هذا الأمر الذى يخالف الفطرة ، ويجافى الحكمة ، وتأباه المصلحة ، لا يستقيم مع أصول التشريع تقرره القوانين بمجرد التعاقد بين الزوجين فى أكثر البلاد المتمدينة ، وكأنها تحاول إبعاد الناس عن الزواج ، فإن النهى عن الخروج من شئ ، نهى عن الدخول فيه . وإذا كان وقوع النَّفْرَةِ واستحكام الشقاق والعداء – فى حال شرعية الطلاق وعدمها – ليس بعيد الوقوع ، فأيهما خير ، أربط الزوجين بحبل متين لتأكل الضغينة قلوبهما ، ويكيد كل منهما للآخر ، أم حل ما بينهما من رباط ، وتمكين كل منهما من بناء بيت جديد على دعائم قوية ، أوليس استبدال زوج بآخر خيراً من ضم خليلة إلى زوجة مهملة ، أو عشيق إلى زوج بغيض .

لقد وضع الإسلام الخل لبنتام ولغيره من أربعة عشر قرناً من الزمان ، ولو كان صادقاً فى فكره لأحال قارئه إلى أفكار الإسلام فى شأن الطلاق ، وما قال به رب الإسلام " وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته " ونداؤه جل شأنه " ولا تذروها كالمعلقة ... "

القضاء وتشريع الطلاق

تواترت أحكام القضاء على أن حوادث الزمن برهنت على أن شرعة الطلاق هى من محاسن الشريعة الإسلامية السمحة ، التى بُنِيَتْ كل أسسها على السماحة واليسر ، فَجُعِلَ فيها من حق الزوج أن ينهى العلاقة الزوجية إذا اشتد الخلاف بينه وبين زوجته . وأُبِيحَ فيها أيضاً تمليك الزوجة عصمتها ، ليكون لها أن تطلق نفسها متى شاءت أسوة بالزوج .

نعم قد يقال أن حرية الطلاق المطلقة ، ومنحها لكل من الزوجين بهذه الصفة ، قد ينشأ عنها بعض المضار ، لكن فوائدها – على كل – تربوا على مضارها . وفَتْحُ باب الطلاق خير من إيصاده . ويكفى من فوائد الطلاق أنه يمكن من بناء رابطة الزوجية ، حتى يستطيع الزوجان – فى ظله – أن يكونا أسرة صالحة تحفها السعادة والهناء . أما ذلك الذى عداه الانسجام والوفاق بين الزوجين ، فلا ينتظر من وجوده خير لهما ولا لغيرهما ، فإنه يصبح قطعة من الجحيم ، ومن الخير لأهله – بل وللأمة كلها – تقويضه ، وبناء بيت أكثر أمناً مكانه ، على أسس أخرى قوية صالحة .

وقد رأينا فى البلاد الغربية – فى العصر الحاضر – وهى التى كانت شرائعها تضيق من دائرة الطلاق ، أو تغلق بابه إغلاقاً تاماً ، أباحت لكل من الزوجين طلب الطلاق ، وأصبح هذا الطلب مقرراً أمام السلطة المختصة فى أكثر تلك البلاد وسريع الإجابة ، بمجرد عند الانسجام ، وعدم الوئام بين الزوجين ، فلماذا – والحال على ما ذكر فى بلاد الحضارة والمدنية ، يعاب على الشريعة الإسلامية – ما ظهر ظهور الشمس أنه من محاسنها ومفاخر تشريعها ، وما هو من النعم الجليلة ، لما يتحقق به من مصلحة ، ودفع مضاره ، وجلب سعادة ، محل شقاء . نعم قد يقال إن من الخير تقييد الطلاق حتى لا ينتج عنه شر ، أو ضرر لأحد ، فإذا صح هذا القول ورؤى تقييده بعد تحكيم مثلا ، فإن الشريعة الإسلامية لا تأبى هذا ، بل تناصره وتؤيده " فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها ، إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما ... " إن الشريعة الإسلامية تفتح

أبوابها ، ومصادرها لينهل – ويغتنم – منها كل تشريع صالح لكل زمان ومكان .

***

وصف الطلاق

يقصد بوصف الطلاق هنا الأحكام التى تعترى الطلاق . وهذه الأحكام هى :

١) إباحة الطلاق – وهو طلاق المرأة التى لا يميل زوجها إليها ميلاً كاملاً ، ولا تطيب نفسه إليها ولا أن يتحمل مؤنتها . والسرخسى فى مبسوطه يقول " الطلاق مباح الإيقاع إلا إذا انضم إليه معنى مُحَرِّم وهو الإضرار بالمرأة ، وضرب مثلاً للضرر بالطلاق فى حال الحيض وتلبيس أمر العدة بوضع الحمل ، أو حائل فتعتد بالأقراء .

٢) ندب الطلاق – ويكون ذلك إذا عجز الزوج عن القيام بحقوق زوجته ، أو عند عدم الميل إليها كلية ، أو كانت غير عفيفة سواء خاف الفجور بها أو لا .

٣) وجوب الطلاق – وله صور منها – الإيلاء . وطلاق الحكمين عن الشقاق بين الزوجين .

٤) حرمة الطلاق – إذا وقع بدعياً لما فيه من إطالة العدة على المرأة ، فهى تتضرر بطول التربص . أو الندم على الزوج إذا وجد امرأته بعد الطلاق حاملاً .

٥) كراهة الطلاق – إذا كانت الزوجة مستقيمة الحال ، لما فى طلاقها من قطع النكاح المطلوب من الشارع .

والمالكية يقولن إن الطلاق من حيث هو جائز تعتريه الأحكام الأربعة ، وهى الحرمة والكراهة والندب والوجوب .

وعند الحنابلة – الطلاق مباح عند الحاجة ، ومكروه من غير حاجة إليه ومحرم فى الحيض والنفاس وواجب فى الإيلاء ومستحب لتفريط الزوجة فى حقوق الله .

وعند الشافعية يجرى على الطلاق – الإباحة – والندب – والوجوب – والحرمة ــ ولكل سببه .

الألفاظ التى يقع بها الطلاق

اتفق الفقهاء على أن الألفاظ التى يقع بها الطلاق صنفان– لفظ صريح ولفظ كناية ، إلا أنهم اختلفوا فى تفصيلهما .

أولاً : لفظ الطلاق الصريح

ذهب الإمامان أبو حنيفة ومالك إلى القول بأن الصريح فى الطلاق هو لفظ الطلاق فقط ، لأن دلالة هذا اللفظ على المعنى الشرعى هو دلالة وضْعِيَّةٌ من الشارع الحكيم . فصار اللفظ الصريح فى الطلاق أصلاً فى باب الطلاق . بل هو ركن الطلاق عند الأحناف .

والإمام الشافعى يرى أن اللفظ الصريح فى الطلاق هو لفظ " الطلاق والفراق والسراح ، لأن هذه الألفاظ الثلاثة مذكورة فى القرآن الكريم ، حتى أن بعض أهل الظاهر يقولون لا يقع الطلاق إلا بهذه الألفاظ .

اللفظ الصريح فى الطلاق يكشف به المطلق عن إرادته فى إيقاع الطلاق باللفظ الذى يصدر منه ، وهذا اللفظ يكون دالاً على الطلاق بذاته ، ولذلك سمى باللفظ الصريح ، ولا يحتاج إلى قرينة تؤيده ، أو كما قال الفقهاء : هو لا يحتمل غيره بحسب الوضع العرفى " .

وقيل هو اللفظ الذى يستعمل فى الطلاق ولا يستعمل فى غيره .

اختلف الفقهاء فى تحديد اللفظ الصريح فى إيقاع الطلاق .

يقول الكاسانى من الأحناف : الصريح هو اللفظ الذى لا يستعمل إلا فى حلِّ قيد النكاح ، وهذا اللفظ هو : الطلاق أو التطليق مثل أن يقول الزوج " أنت طالق ، أو طلقتك أو أنت مطلقةٌ " هذه الألفاظ تسمى بألفاظ الطلاق الصريحة ، لأن الصريح فى اللغة اسم لما هو ظاهر المراد ، مكشوف المعنى عند السامع . والألفاظ سالفة الذكر ظاهرة المراد ، لأنها لا تستعمل إلا فى الطلاق ، ولذلك لا تحتاج إلى نية لوقوع الطلاق بها ، لأن عمل النِّية يكون فى تعيين المبهم . والألفاظ السابقة لا إبهام فيها . والله عز وجل يقول " فطلقوهن لعدتهن " فشرع الطلاق من غير شرط النية . ولذلك يقول الأحناف إذا قال الزوج لزوجته " أنت طالق " ثم قال بعد ذلك أردت أنها طالق من وثاق مثلاً لم يصدق قضاء . وقال تعالى " الطلاق مرتان " مطلقاً عن شرط النية . وقال تعالى " فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره " فحكم سبحانه وتعالى بزوال الحلِّ مطلقاً عن شرط النية .

وعبد الله بن عمر لما طلق امرأته فى حال حيضها أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يراجعها ولم يسأله هل نوى الطلاق أو لم ينو ، ولو كانت النية شرطاً لسأله ، كما أنه لا مراجعة إلاَّ بعد وقوع الطلاق ، فدل ذلك على وقوع الطلاق من غير نية .

ويدخل فى اللفظ الصريح كل لفظ تدل لهجة قائلة على أنه ينطق بالطلاق الصريح ، كمن يقول لامرأته " تلاق أو طلال أو تلاغ ، وهو ينوى الطلاق .

وأعتبر الأحناف – من ألفاظ الطلاق الصريح ما لا يشمل على أحرف الطلاق ، ولكنه لا يستعمل إلا فيه ، كمن يقول " على الحرام " ، فقد تعارف الناس على إطلاق لفظ الحرام على الطلاق ، وصار لا يستعمل إلا فيه ، عند إضافته إلى الزوجة . ولذلك يعتبر من الألفاظ الصريحة في الطلاق ، فالرجل الذى يقول لزوجته " أنت على حرام " وقع طلاقه .

الطلاق باللفظ الصريح عند الأحناف لا يحتاج إلى نية عند المطلق ، لأن الطلاق يقع باللفظ الصريح ما دام المطلق يعرف مدلول هذا اللفظ . ومؤدى هذا أن من صدر منه لفظ الطلاق الصريح لا يسأل عن نيته . ولذلك يقول الكاسانى " فلا يحتاج فيها إلى نية لوقوع طلاقه ، إذ النية عملها تعيين المبهم ، ولا إبهام مع اللفظ الصريح . فلو قال الزوج لزوجته أنت طالق ، ثم قال أردت أنها طالق من وثاق – لم يصدق فى القضاء ، لأن ظاهر هذا القول الطلاق عن قيد النكاح ، فلا يصدقه القاضي في صرف كلامه عن ظاهره . وكذا لا يسع المرأة أن تصدقه لأنه خلاف الظاهر .

المالكية وألفاظ الطلاق الصريحة

يعتبر المالكية اللفظ فى الطلاق ركن فيه . وألفاظ الطلاق عندهم أربعة أقسام : اثنان منها لهما حكم اللفظ الصريح فى الطلاق : وهما : اللفظ الصريح ، والكناية الظاهرة .

١) اللفظ الصريح فى الطلاق . وهو ما فيه لفظ الطلاق ، مثل قول الرجل لامرأته " طالق أو طالقة أو مطلقة أو قد طلقتك ، أو طلقت منى " هذه الألفاظ الصريحة يلزم بها الطلاق ، ولا يحتاج إلى نية عليه . بمعنى أن المطلق لا يسأل عن نيته الطلاق من عدمه .

ويبين ابن رشد فى مقدماته توضيحا إذ يقول " يلزم باللفظ مع النية في الحكم الظاهر والباطن لأن الطلاق يفتقر إلى لفظ ونية . وقد اختلف إذا أنفرد أحدهما دون الآخر . فإذا انفردت النية دون اللفظ فالصحيح أن الطلاق يلزم بذلك لأن اللفظ بالطلاق عبارة عما فى النفس منه ، فإذا اجتمع الرجل فى نفسه على أنه قد طلق امرأته لزمه الطلاق فيما بينه وبين الله ، وهو نص قول مالك رحمه الله فى سماع أشهب من كتاب الإيمان بالطلاق . وإن أظهر بلفظه ما أجمع عليه من الطلاق فى نفسه حكم عليه به . وقد قيل إن الطلاق لا يلزم بالنية حتى يلفظ به وهو ظاهر قول مالك فى رواية أشهب عنه فى كتاب التخيير والتمليك ليس يطلق الرجل بقلبه ولا ينكح بقلبه ، وأما إذا انفرد اللفظ دون النية فالصحيح أن الطلاق لا يلزم بذلك إلا فى الحكم الظاهر إذ لا يصدق ، إذا لفظ بالطلاق أنه لم يرده ولا نواه . فالطلاق يلزم باللفظ دون النية .

ويقول التُسُولِى فى البهجة فى شرح التحفة " إعلم أنه فى الصريح لا يقبل منه – أى من المطلق – أنه لم يرد به الطلاق ولو مستفتياً . وإنما يشترط قصد النطق باللفظ ، وإن لم يقصد به – أى باللفظ الصريح – حل العصمة . فإن لم يقصد النطق بذلك – بأن هَذَى لمرض – لم يلزم الطلاق . وقال القرافى القصد لإنشاء الصيغة ، والنطق بها ، لا أعلم فى اشتراطه خلافاً وقال " وأما القصد لإزالة العصمة باللفظ فليس شرطاً فى اللفظ الصريح اتفاقاً . وقال المتيطى " والطلاق يلزم باللفظ والنية ، فإن انفردت النية فالصحيح اللزوم ، لأن اللفظ عبارة عما فى النفس . فإذا أجمع المطلق بقلبه على أنه طلق لزمه ، وروى أنه لا يلزم . وإن انفرد اللفظ فالصحيح أن الطلاق لا يلزم بذلك إلا فى حكم الظاهر لقوله صلى الله عليه وسلم إنما

الأعمال بالنيات – إلا أنه فى كتاب التخيير من المدونة ما ظاهره اللــزوم وهو خلاف المنصوص . وجزم ابن رَحَّالْ فى حاشيته على ما يأتى : وموقع الطلاق دون النية هو الظاهر . وقال ابن عرفه " وإن قــال أنــت طالق فهو ما نوى . فإن لم ينوى شيئاً فواحدة – أى طلقة واحدة . وقــال فى النهاية ، فهذه الألفاظ – يعنى أنت طالق ونحوها يحكم فيهــا بواحــدة نواها أو لم ينو شيئاً ، وهو قول خليل وتلزم واحدة . إلا لنية أكثر [١] .

الشافعية وألفاظ الطلاق الصريحة

حدد الشافعية ألفاظ الطلاق الصريحة بثلاثة ألفاظ هى " الطلاق والفــراق والسراح . فقد ورد ذكرها فى القرآن . قال المــاوردى : إن الطــلاق إلا بالكلام – أى النطق باللفظ – وما يقوم مقامه عند العجز عن الكلام . ولا يقع الطلاق بمجرد النية من غير كلام – بمعنى أن المطلق إذا نوى الطلاق لم تطلق امرأته ، وسند ذلك ما روى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنــه قال " إن الله تعالى وضع عن أمتى ما حدَّثَتْ به بنية أنفسها " والنية مــن حديث النفس فاقتضى أن تكون موضوعة عنه ، هذا فضلاً عن أن الطلاق فيه إزالة الملك ، والملك لا يزول بمجرد النية ، والطــلاق أحــد طرفــى النكاح فلم يصح بمجرد النية كالعقد [٢] . ويقــول قليــوبى وعميــرة " إن صريح الطلاق هو ما لا يحتمل غير حل العصمة [٣] . ولفظ الخلع مــن ألفاظ الطلاق الصريحة عند الشافعية ، ويدخل فى ذلك لفظ المفاداة .

ومن نطلق بلفظ الطلاق الصريح لا يخلو حالة من أربعة أقسام هى :

---

[١]) البهجة فى شرح التمنه ص٦٥٦ .
[٢]) الحاوى الكبير للماوردى جزء ١٥ ص١٥٠ .
[٣]) قليوبى وعميرة جزء ٣ ص٣٢٣ .

١) أن يقصد اللفظ وينوى الفرقة . هذا المطلق يقع طلاقه بالإجماع متى كان من أهل الطلاق .

٢) أن يقصد اللفظ ولا ينوى الفرقة . هذا المطلق يقع طلاقه ، وسبب ذلك أن صريح لفظ الطلاق لا يفتقر إلى نية ، وهو قول جمهور الفقهاء ، قال صلى الله عليه وسلم " ثلاث جدهن جد وهزلهن جد – النكاح والطلاق والرجعة "

٣) أن يقصد اللفظ ويريد به طلاقاً من وثاق أو فراقاً من سفر أو تسريحاً إلى أهل – هذا المطلق يلزمه الطلاق فى ظاهر الحكم ، ويدين به فيما بينه وبين الله فى الباطن . قال صلى الله عليه وسلم " إنما أحكم بالظاهر والله يتولى السرائر " .

٤) ألا يقصد باللفظ ولا يريد الفرقة ، وإنما سبق لسانه غلطاً أو دهشاً أو كان لا يعرف اللفظ . هذا المطلق – الطلاق لازم له فى ظاهر الحكم ، وهو مدين فيما بينه وبين الله تعال. فلا يلزمه الطلاق فى الباطن .

وقد بين فقهاء الشافعية أن لزوجة المدين فى طلاقه بينه وبين الله – القسم الثالث والرابع السابق – لأن الطلاق يلزمه ظاهراً لا باطناً ، فقالوا :

أ) إذا كانت الزوجة تعلم صدق زوجها فيما دين فيه ، فيسعها – فيما بينها وبين الله تعالى – أن تقيم معه ، وتمكنه من نفسها ، ولا يكره لها ، ويجب على الزوج نفقتها ويحرم عليها النشوز عنه .

ب) إذا كانت الزوجة تعلم كذب زوجها – فيما دين فيه – فعليها الهرب منه ، ولا يسعها فى حكم الظاهر والباطن أن تمكنه من نفسها ، وإذا سألت القاضى أن يفرق بينهما لزمه الحكم بذلك .

ج) إذا كانت الزوجة لا تعلم صدق زوجها فيما دين به ولا كذبه ، فيكره لها تمكينه من نفسها لجواز كذبه . وفى تحريمه فيما بينها وبين الله تعالى ، قيل لا تحرم فى الباطن تغليباً للنكاح القائم بينهما . وقيل يحرم عليها فى الباطن تعليباً لوقوع الطلاق فى الظاهر .

الحنابلة وألفاظ الطلاق الصريحة

يرى الحنابلة أن الطلاق له لفظ واحد ، وما تصرف منه . وفى ذلك ورد فى كشف القناع " وصريحه لفظ الطلاق ، وما تصرف منه ، لأنه موضوع على الخصوص ، وثبت له عرف الشارع والاستعمال ، فلو قال " أنت طالق أو طلاق أو الطلاق ، أو طلقتك أو مطلقة ، فهو صريح لا غير " – أى ليس صريحه غير لفظ الطلاق وما تصرف منه كالسراح والفراق لأنهما يستعملان فى غير الطلاق كثيراً ، فلم يكونا صريحين فيه كسائر الكنايات .

وحكم الطلاق باللفظ الصريح وقوع الطلاق سواء نوى الإيقاع أو لم ينوه . قال صاحب المغنى وإذا أتى بصريح الطلاق لزمه ، نواه أو لم ينوه ، لأن صريح الطلاق لا يحتاج إلى نية ، بل يقع من غير قصد ولا خلاف فى ذلك ، ولأن ما يعتبر فيه القول يكتفى به من غير نية إذا كان صريحاً فيه . وسواء قصد المزاح أو الجد لقول الرسول صلى الله عليه وسلم ثلاث جدهن جد وهزلهن جد " النكاح والطلاق والرجعة "

الظاهرية وألفاظ الطلاق الصريحة

يرى الظاهرية أن ألفاظ الطلاق الصريحة فى إيقاعه هى : الطلاق والسراح والفراق . ويقع بها الطلاق قضاء ، وإذا قال المطلق لم أنوه صدق فى الفتيا . والطلاق باللفظ الصريح لا يشترط فيد إرادة الطلاق ،

فإذا ادعى المطلق أنه لم ينو باللفظ الصريح إيقاع الطلاق على امرأته لا يقبل منه ذلك عند الأحناف والمالكية والشافعية الذين يرفضون لفظ السراح والفراق من أن يكونا من ألفاظ الطلاق الصريحة .

موقف القضاء من إيقاع الطلاق باللفظ الصريح

قضت محكمة النقض بأن العبارة الدالة بلفظها الصريح على حل رابطة الزوجية ، متى صدرت من زوج هو أهل لإيقاع الطلاق ، وصادفت محلاً يقع بها الطلاق فور صدورها ، ويكون طلاقاً مستقلاً قائماً بذاته ، ولا يغير من ذلك ما اقترن بها من أنها تأييد لطلاق سابق ، إذ ليس من شأن هذه الإضافة أن تحول دون تحقق الأثر الفورى المترتب عليها شرعاً .

إيقاع الطلاق بالكتابة

يتساءل الفقهاء عما إذا كانت الكتابة تقوم مقام اللفظ الصريح فى إيقاع الطلاق ؟

الرأى عند الأحناف أن الطلاق يقع بالكتابة ، سواء كان قادراً على النطق بلفظ الطلاق أو غير قادر ، واشترطوا أن تكون الكتابة مستبينة ، بمعنى أن تكون واضحة على الورق ، ومعبرة عن الطلاق ، وأن تكون موجهة إلى الزوجة . مثل هذه الكتابة يقع بها الطلاق سواء نواه أو لم ينوه .

أما إذا كانت الكتابة غير مستبينة – أى لم تكتب على ورق وإنما كتبت على الماء أو الهواء ، مثل هذه الكتابة لا يقع بها الطلاق إلا بالنية .

وعند الأحناف يقع طلاق الأخرس بالإشارة متى كانت إشارته مُفْهِمَةً .

يقول صاحب الهداية " إنها – أى الإشارة – صارت معهودة ، فأقيمت مقام العبارة دفعاً للحاجة . أما إذا كان الأخرس يحسن الكتابة فلا يقع طلاقه بالإشارة ، لاندفاع الضرورة إليها فى التعبير " ويقولون إن كان الأخرس

لا يكتب ولكن له إشارة تعرف فى طلاقه ونكاحه وشرائه وبيعه ، فطلاقه جائز ، وإن لم يعرف ذلك منه ، أو شك فى ذلك فطلاقه باطل . ومؤدى هذا أن الأخرس الذى يعرف الكتابة لا يقبل منه الإشارة فى وقوع الطلاق . ورأى الحنابلة قريب من رأى الأحناف فى ذلك .

والرأى عند الشافعية أن كتابة الطلاق بدون نية الطلاق لا يقع بها طلاق لأن اللفظ وحده دون نية الطلاق لا يقع به طلاق ، ولا يعتد به . وهناك رأى بأن كتابة الطلاق لا يقع بها طلاق لأن الكتابة فعل من قادر على القول ، فلا يقع بها طلاق ، وكذلك الإشارة من قادر على النطق .

وعند الشافعية – يعتد بإشارة الأخرس ولو كان قادراً على الكتابة متى فهمت إشارته ، فإذا فهمت الإشارة على أنها طلاق ، وقع بلا حاجة إلى نية . وعندهم أن إشارة القادر على النطق لا يقع بها طلاق . يقول الماوردى " الطلاق لا يقع إلا بالكلام وما يقوم مقامه عند العجز عن الكلام . ولا يقع بمجرد النية من غير كلام ، لأن النية حديث النفس ، فاقتضى أن تكون موضوعة عنه ، ولأن الطلاق إزالة ملك ، والملك لا يزال بمجرد النية كالعتق ، ولأن الطلاق أحد طرفى النكاح ، فلم يصح بمجرد النية كالعقد . وعند المالكية – يقع الطلاق بالإشارة المفهمة ، متى صاحبها قرائن تقطع لدى من عاينها على أنها طلاق ، لأن الإشارة المفهمة كاللفظ الصريح فى الطلاق ، فلا تحتاج إلى نية . أما الإشارة غير المفهمة فلا يقع بها طلاق .

ويقع الطلاق بالكتابة ، كما إذا أرسل الرجل رسالة إلى امرأته مع رسول فيها طلاقه لها .

هل يقع الطلاق بالكتابة قضاء

قضى بأن الفقهاء نصوا على أن الزوج إذا أوقع الطلاق ، وكتبه فى الصك ، ثم أدعى الخطأ لا يقبل منه قضاء ، وإن كان يقبل ديانة . وفى الدر المختار " أقر بشئ ثم ثم ادعى الخطأ لن يقبل [١] . وقضى بأن العبارة الدالة بلفظها الصريح على حل رابطة الزوجية متى صدرت من زوج ، هو أهل لإيقاع الطلاق ، وصادفت محلاً ، يقع بها الطلاق ، فور صدورها ، ويكون طلاقاً بذاته [٢] . كما قضى بأن لفظ مُطَلَّقَةٌ من ألفاظ الطلاق الصريحة التى يقع بها الطلاق من غير توقف على نية قضاء وديانة ، لو كان قاصداً الطلاق ، وقضاء لو لم يقصده [٣] .

هل تطلق المرأة نفسها باللفظ الصريح

قال الفقهاء إذا قال الرجل لامرأته قاصداً مختاراً : أنا منك طالق ، لم يقع بهذا القول طلاق . وسبب ذلك أن الزوجة هى المحبوسة المنافع للزوج بعقد النكاح ، وليس هو المحبوس لحقها ، ومن ثم فلا وجه لتطليقه منها . وروى عن ابن عباس فى رجل جعل أمر امرأته بيدها ، فقالت : قد طلقت ثلاثا . قال : خطأ الله نوءها – أى أبعد الله عنها الحظ السعيد – ألا طلقت نفسها ثلاثا . وروى مثل هذا عن عثمان رضى الله عنه [٤] .

***

[١]) ق ١٩٤١/١٦١ شرعى مصر .
[٢]) نقض ٣٦/٢٠ ق أحوال شخصية .
[٣]) ق ١٩٣٣/١٦٩٤ شرعى بور سعيد .
[٤]) الفرقة بين الزوجين د / على حسب الله . ولسان العرب لابن منظور .

ثانياً : الكناية فى ألفاظ الطلاق

يقصد بكنايات الطلاق – كل لفظ يحتمل الطلاق وغيره ، ولم يقصره العرف على الطلاق . مثال ذلك قول الزوج لزوجته : إلحقى بأهلك ، أو أنت بائن ، أو أنت خلية أو أمرك بيدك ، أو حبلك على غاربك . هذه الألفاظ ، وغيرها ، التى تحتمل الطلاق وغيره ، تسمى بألفاظ الكناية . فالمرأة إذا لحقت بأهلها ، قد تكون مطلقة وقد تكون مطرودة من بيت الزوجية . والمرأة البائن يحتمل أن تكون عن النكاح ، أو بائناً عن الخير أو الشر . وهكذا . ولذلك يتساءل الفقهاء عما إذا ألفاظ الكناية يقع بها الطلاق أم لا .

عند المالكية : ألفاظ الكناية قد تكون كناية ظاهرة ، وهى التى جرت العادة أن يطلق بها فى الشرع أو فى اللغة ، كلفظ التسريح والفراق ، وكذا قوله أنت بائن ، أو بَتَّةٌ . وما أشبه ذلك .

هذا النوع من ألفاظ الكناية يأخذ حكم لفظ الطلاق الصريح ، ولذلك سميت " كناية ظاهرة . ولا يقبل مع ألفاظ الكناية الظاهرة قول المطلق بأنه لم يرد باللفظ طلاقاً متى قصد النطق به وإن لم يقصد حل العصمة .

وقد تكون كناية محتملة – أى خفية – كقول الزوج لزوجته " إلحقى بأهلك – أو أذهبى أو إبعدى عنى وما أشبه ذلك . هذه الألفاظ لا يلزم بها الطلاق إلا إذا نواه الزوج ، فإن قال لم أنو بها الطلاق قبل قوله فى ذلك .

وعند المالكية نوع آخر من الكناية وهو " ماعدا الصريح والكناية من الألفاظ التى تدل على الطلاق . وقدم المالكية أمثلة منها : أن يقول الزوج لزوجته " اسقنى ماءاً " أو ما أشبه ذلك ، فإن أراد بهذا الطلاق لزمه على المشهور ، وإن لم يرد لم يلزمه .

وخلاصة قول المالكية فى ألفاظ الطلاق

١) إذا طلق الزوج باللفظ والنية نفذ طلاقه إجماعاً . وإن طلق بالنية دون اللفظ لم ينفذ طلاقه فى المشهور عندهم – وقيل ينفذ . أما إذا طلق باللفظ دون النية ، كمن سبق لسانه إلى الطلاق ولم يرده لم ينفذ طلاقه – وكذلك إذا كان اسم زوجته " طالق " وناداها باسمها لم ينفذ طلاق .

٢) الهزل فى الطلاق نافذ كالجد ، وكذلك فى النكاح .

٣) إشارة الأخرس بالطلاق الصريح ، وإشارة القادر على الكلام كناية .

٤) من كَتَبَ الطلاق عازماً عليه لزمه ، بخلاف المتردد ليشاور نفسه .

٥) من باع امرأته فهى طلقه بائنة ، وقيل تحرم عليه ، وقيل لا شئ عليه

٦) من أراد أن يحلف على شئ ، فقال لزوجته أنت طالق ، ثم أمسك عن اليمين وحالت نيته عنه لم يلزمه شئ .

٧) الشك فى الطلاق .

أ) إذا شك الزوج – هل طلق أم لا ، لم يلزمه شئ .

ب) إن حلف بالطلاق ، ثم شك هل حنث أم لا أمر بالفراق . وقد اختلف المالكية فى صفة هذا الأمر فقيل إنه على الوجوب ، وقيل إنه على الندب .

ج) إذا تيقن الزوج من إيقاع الطلاق ثم شك فى العدد ، لم تحل له امرأته حتى تنكح زوجاً غيره ، لأنها تحتمل الثلاث .

٨) إن ادعت المرأة أن زوجها طلقها . وأنكر هو ، فإن أتت بشاهدين عدلين نفذ الطلاق . وإن لم تأت بشاهد واحد حلف الزوج وبرئ . وإن لم يحلف سجن حتى يقر أو يحلف ، وإن لم تأت بشاهد فلا شئ على الزوج ، وعليها منع نفسها منه جهدها .

إذا حلف الزوج بالطلاق ، وادعت الزوجة أنه حنث فالقول قول الزوج [١]

عند الشافعية ألفاظ الكناية هى التى لا يقع بها الطلاق إلا مع النية ، وهى كل لفظ يدل على المباعدة .

الكنايات ضربان عند الشافعية

أ) كنايات ظاهرة وهى ستة ألفاظ : بتةٌ – خليةٌ – بريةٌ – بائن ، بتله وحرام .

ب) كنايات باطنه مثل : اعتدى – أذهبى – ألحقى بأهلك – حبلك على غاربك – لا حاجة لى فيك . وأنكحى من شئت – وما أشبه ذلك .

حكم الكنايات الظاهرة والباطنة واحد عند الشافعية ، فإن اقترنت بالنية وقع بها الطلاق ، وإن تجردت عن النية لم يقع .

والطلاق الواقع بالكنايات – الظاهرة والباطنة – يكون رجعياً عند الشافعية ، إن طلق به طلقة واحدة أو طلقتين أو لم تكن له نية فى عدد الطلقات ، لأن ركانة بنُ عبد يزيد حين طلق امرأته " سهيمة " البته ، فسأله النبى صلى الله عليه وسلم ، عما أراد بالبتة قال " واحدة " فأحلفه النبى وردها عليه ، فدل ذلك على أنها لا تكون ثلاثاً . كما روى أن المطلب بن حنطب طلق امرأته " البتة " فقال له عمر : أمسك عليك زوجك ، فإن الواحدة لا تَبُتُّ .

كنايات الطلاق عند الأحناف

الكنايات عند الأحناف . الرأى عند أبى حنيفة أن كنايات الطلاق إذا لم يقترن بها سبب من طلب أو غضب لم يقع بها الطلاق إلا بالنية . فإن

---

[١]) ابن جزى (القوانين الفقهية ص١٥٣)

اقترن بها واحد منهما – طلب أو غضب – يقه بها الطلاق فى ألفاظ ستة منها هى " أنت خلية [١] – برية – بتّة [٢] – حرام – بائن – أمرك بيدك . مؤدى هذا أن المرأة إذا طلبت الطلاق ورد عليها الزوج بأحد هذه الألفاظ الستة ، وقع الطلاق ولا يسأل المطلق عن النية . وغير هذه الألفاظ الستة لا يقع بها طلاق إلا بالنية . ودليل الأحناف فيما ذهبوا إليه :

١) إن الكناية أحد نوعى الطلاق فوجب ألا تختلف بالرضا والغضب كالصريح .

٢) ما روى أن ركانة بن عبد يزيد طلق امرأته سهيمه البتة ، وجاء النبى صلى الله عليه وسلم وقال له : طلقت امرأتى البتة : فقال لالرسول ما أرادها ؟ قال ركانه ، ما أردت إلا واحدة ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : والله ما أردت إلا واحدة . فقال : هو ما أراد " فرجع إلى إرادته ، واختلف حكمه بالسبب ، أو عن الطلب والغضب ، يسأله عنه ولبينة له .

وتنقسم الكناية عند الأحناف إلى نوعين :

النوع الأول – ما هو كناية بنفسه وضعاً ، وهو كل لفظ يستعمل فى الطلاق ، ويستعمل فى غيره – مثل أنت على حرام ، وأنت بريئة ، وبتّة ، أمرك بيدك ، وفارقتك إلى غير ذلك من الألفاظ التى تستعمل فى الطلاق وفى غيره .

---

[١]) عند مالك الرجل يقول لامرأته " أنت خلية أو بريَّة أو بائنة أنها ثلاث تطليقات للمرأة التى دخل بها ، أو واحدة أراد أم ثلاثًا فإن قال واحدة أُحلِفَ على ذلك . وكان خاطباً مع الخطاب لأنه لا يخلى المرأة التى دخل بها زوجها ولا يبينها ولا يبريها إلا ثلاث تطليقات . والتى لم يدخل بها ، يُخليها وتبريها وتبينها الواحدة . قال مالك وهذا أحسن ما سمعت .

[٢]) روى أن مروان بن الحكم كان يقضى فى الذى طلق امرأته البتّة أنها ثلاث تطليقات . وقال مالك – وهذا أحب ما سمعت إلىّ فى ذلك ، فمن حلف بطلاق امرأته البتّة لا تحل له إلا بعد أن تتزوج . أما أبو حنيفة فقد اشترط أن ينوى الرجل بالبتّة ثلاثًا . فإن نوى واحدة فهى واحدة . والشافعى اشترط أن ينوى الرجل ثلاثا ، فثلاث وإن نوى اثنتين أو واحدة فطلاق رجعى .

النوع الثانى – وهو ما يلحق بالكناية كأن يكتب الرجل على قرطاس أو لوح أن " امرأته طالق ، فيسأل عن نيته فيقول نويت به الطلاق ، وقع طلاقه ، وإن قال لم أنو به الطلاق صدق فى القضاء ، لأن الكناية – على هذا الوجه – قد تكون بمنزلة الطلاق أو التجويد فى الخط ، فلا تحمل على الطلاق إلا بالبتة .

ويقع بجميع الكنايات الظاهرة والبائنة الطلاق رجعياً – إذا لم يراد المطلق ثلاثاً بأن أراد واحدة أو اثنتين أو لم تكن نية فى عدد .

قال أبو حنيفة يقع طلاق بالكنايات الظاهرة فلا يملك المطلق الرجعة . واستدل بأن قول المطلق " أنت بائن لفظ يقتضى البينونة ، فوجب أن يقع الطلاق بائناً كالثلاث – غير أن هذا القول ينقضه أن المطلق إذا قال " أنت طالق ولا رجعة لى عليك ، فإنه يكون رجعياً واستدل هذا الرأى بأن المطلب بن حنطب طلق امرأته البتة فقال عمر " أمسك عليك زوجك فإن الواحدة لا تبت " . وروى أن التوأمة طلق امرأته البتة ، فقال له عمر ، ما أردت ، قال ، واحدة فاستحلفه ، فقال " أترانى أقيم على فرج حرام ، فأحلفه وأقره على نكاحه ، وليس يعرف لعمر مخالف [1] .

والنية فى كنايات الطلاق لها أحوال أربعة هى :

١) أن تتقدم نية المطلق على جميع اللفظ . فلا يقع بهذه النية طلاق ، وسبب ذلك أن النية تجردت عن اللفظ ، كما أن اللفظ تجرد عنها ، فلا يقع بهما ولا بأحدهما طلاق .

---

[1]) روى عن مجاهد أن رجلا قال لامرأته فى زمن عمر بن الخطاب " حبلك على غاربك – ثلاث مرات " فاستحلفه عمر بين الركن والمقام ما أردت ؟ فقال الرجل أردت الطلاق ثلاث ، فأمضاه عليه " . وروى أن عمر أمر عليا أن يستحلفه على ما نوى . وروى أيضا أن الرجل إذا قال حبلك على عاربك مرة واحدة أو ما نوى ، وإن نوى واحدة فهو أحق بها .

٢) أن تقارن النية جميع اللفظ ، فتوجد من أوله إلى آخره – فيقع الطلاق باللفظ والنية معاً ، ولا يكون وقوعه بأحدهما ، وإن كان اللفظ هو المغلب لظهوره .

٣) أن تتأخر النية عن جميع اللفظ ، فلا يقع الطلاق ، لما ذكر في الحالة الأولى .

٤) أن توجد النية في بعض اللفظ ، ولا توجد في الباقي ، ففي وقوع الطلاق في هذه آراء ثلاثة :

الأول : لا يقع طلاق سواء عدمت النية من أول اللفظ أو من آخر ، لأن اللفظ إذا اعتبرت فيه النية كان وجودها عند بعضه كعدمها في جميعه .

الثاني : يقع الطلاق مطلقاً لأن استصحاب النية في جميع ما يعتبر فيه النية ليس بلازم .

الثالث : إن وجدت النية في أول اللفظ وقع بها الطلاق وإن إنعدمت في آخره . وإن وجدت النية في آخر اللفظ وعدمت في أوله لم يقع الطلاق ، لأن النية إذا انعقدت في أول اللفظ كان باقية راجعا إليها . وإذا خلت من أوله صار لغواً ، وكان ما بقي منه مع النية ناقصاً ، فخرج من كنايات الطلاق . وهذا هو الأصح [1].

***

[1]) ومن الكنايات قول الرجل لامرأته : اعتدي ، وأنت حرة ، واذهبي ، وانكحي من شئت ، أو لست لي بامرأة أو قد وهبتك لأهلك ، أو خليت سبيلك ، أو الحقي بأهلك ، وما كان مثل هذا كله من الألفاظ المحتملة للطلاق هذه الألفاظ جميعا اختلف الفقهاء فيها فواجب أن يسأل عنها قائلها ، ويلزمه ما نواه وأراده إن قصده .

الإمام مالك يقول " كل من أراد الطلاق بأي لفظ كان لزمه الطلاق – لأن الأصل أن العصمة المتيقنة لا تزول إلا بيقين من نية وقصد وإجماع على مراد الله من ذلك – وأراده الزوج الطلاق مؤدية إلى ذلك .

موقف القانون من كنايات الطلاق

نصت المادة الرابعة من القانون ١٩٢٩/٢٥ على أن " كنايات الطلاق وهى ما تحمل الطلاق وغيره لا يقع بها الطلاق إلا بالنية " أخذاً بمذهب الإمـــام الشـــافعي ومالك ، وأن المراد بالكناية هنا ما كان كناية فى مـــذهب أبـــى حنيفة " ومؤدى هذا ألا يعول فى إيقاع الطلاق بألفاظ الكناية إلا على نيـــة الطلاق بلفظ الكناية ، فإذا أدعى المطلق بلفظ الكناية أنه لم يرد بـــاللفظ ، إيقاع الطلاق ، فلا يقع طلاقه ، ولو كانت هناك قرينة علـــى أن المطلـــق يريد الطلاق كما ذهب الأحناف والحنابلة ، إذا لا عبرة بدلالـــة الحـــال أو القرينة ، ما لم ينو المتلفظ إيقاع الطلاق بلفظ الكناية .

خلاصة مذهب القانون فى كنايات الطلاق ، أنه أخذ فى تعريف الكناية بما ذهب إليه الأحناف من أنها كل لفظ فى الطلاق ويستعمل فى غيره ، وهو ما كان كناية بنفسه وضعاً ، وكذلك ما يلحق بها شرعاً من الكتابـــة علـــى قرطاس أو حائط كتابة مبينة ، وأخذ من مذهب الشافعى ومالك من وقوع الطلاق فيهما بالنية ، وعدم وقوعه إن تجردت عن النية ، يستوى فى ذلك ما إذا صدر لفظ الكناية فى حالة الغضب أو الرضا ، أو عند طلب الطلاق أو ابتداء من غير طلب .

ما هو الحكم إذا قال الزوج لزوجته " أنت علىَّ حرامٌ " ؟

اختلف الفقهاء فى هذا اليمين على النحو التالى :

قال مالك – هذه اليمين يقع بها طلاق بات إذا كانت الزوجة مدخولاً بها ، باعتبار أن هذه اليمين من الكنايات الظاهرة . وحكمها حكم اللفظ الصريح فى الطلاق . يقول القرطبى فى كتابه الكافى " وأما الكنايات فقول الرجـــل

لامـــرأته " أنت على حـــرام " يقع بها ثلاث عند مالك فى كل من دخـــل بها [١] – ولو لم ينوى فيها قائلها ، وينوى فيها فى غير المدخول بها [٢] .
وهناك رواية أخرى عن مالك وطائفة من أصحاب ، وهو قول جماعة من أهل العلم أنه ينوى فى يمينه ، ويلزمه من الطلاق ما قال ، وقـــد رجـــح القرطبى هذا الرأى بقوله " وهو عندى بالصواب أولى . وقال النوى : إذا نوى ثلاثا كانت ثلاثاً ، وإذا نوى واحدة فهى واحدة ، وإن نوى بها يميناً ، كانت يميناً ويكفر . أما إذا لم ينو بهذه اليمين طلاقاً [٣] ، ولا يميناً فلـــيس بشئ [٤].
وقال الشافعى بضرورة النيةً فى المدخول بها ، وغير المدخول بها ، وبين الماوردى أنه إذا قال الرجل لزوجته " أنت على حـــرام – فـــإن أراد بـــه الطلاق كان طلاقاً يقع به من عدده ما نواه من واحدة أو اثنين أو ثـــلاث . وإن لم ينو عددا كانت واحدة رجعية . أما إذا لم يكن له إراده لم يتعلق به طلاق .
وقول الرجل لامرأته " أنت على حرام " دون إرادة الطلاق محل خـــلاف بين الفقهاء إذ قال رأى ، إنها يمين يجب بها – إذا حنث – كفارة يمـــين . وقال رأى هى طلقة واحدة رجعية وبه قال ابن حنبل . وقال مالك يكـــون

---

[١]) جاء فى الاستذكار لابن عبد البر أن من قال لزوجته " أنت على حرام " للعلماء فيه ثمانية أقوال أشدها قول مالك : وهو قول على ، وزيد بن ثابت والحسن البصرى وابن أبى ليلى الذى لا يسأل المطلق عن نيته . جزء ١٧ ص٣٦ .

[٢]) روى قتادة أن عدى بن قيس جعل امرأته عليه حراما ، فقال له علىٌ " هى الثلاث ، والذى نفسى بيده لئن مسستها قبل أن تتزوج غيرك لأرجمنك "

[٣]) قال عبد الملك بن ماجشون " لا ينوى فيها ثلاث ، وهى واحدة على كل حال كالمدخول بها سواء . وقال عبد العزيز بن أبى سلمة – هى واحدة ، إلا أن يقول أردت ثلاثا .

[٤]) روى الشعبى عن عبد الله بن مسعود فى الحرام قال : إن نوى طلاقا فهى واحدة وهو اماك برجعتها وإن لم ينو فهى يمين يُكفّرُها . وروى عن ابن مسعود أنه قال " إن نوى يميناً فهى يمين وإن نوى طلاقا - فما نوى .

طلاقاً لا تحل منه إلا بعد زوج . وقال الشافعى هو يمين تجب به كفارة ، وفى قول آخر له ، لا شئ فيه .

وقال الأحناف : إذا قال الرجل لامرأته " أنت على حرام – فإن قوله هذا يحتمل الحرمة الغليظة والحرمة الخفية . فإن نوى الثلاث ، فقد نوى إحدى نوعى الحرمة فتصح نيته . وإن نوى ثنين كانت واحدة ، لأن فى قوله " حرام اسم للذات ، والذات واحدة ، فلا تحتمل العدد ، وإنما احتمل الثلاث إذا نواها ، لأن البائن اسم مشترك لا يتعين المراد منه إلا بمُعِينٍ هو النية . ونية الثلاث فيها تحديد إحدى نوعى البينونة وهى الحرمة الغليظة . أما إذا نوى اثنين كانت واحدة ، وأنه لا توجد فى الاثنين ، بل هو مجرد عدد محض ، والحاصل بالواحدة ، وبالاثنين سواء ، لأن أثرهما فى البينونة والحرمة سواء ، وهى بينونة خفيفة ، وحرمة خفيفة . هذا بالإضافة إلى أن الاثنين ليس كل جنس الطلاق ، فلا تبين بهما بينونة كبرى ، إذ يجوز للمطلق أن يعقد عليها بعقد جديد ، لأن البينونة هنا بينونة صغرى [1] .

قال زفر – يقع على الرجل الذى قال لزوجته " أنت على حرام " ما نواه لأن الحرمة والبينونة أنواع ثلاثة : خفيفة – وغليظة – ومتوسطة بينهما " ولد نوى واحدة من هذه الثلاث صحت بيته ، لأن اللفظ يحتمل الكل على وجه واحد .

[1]) وعند ابى حنيفة واصحابه ان من قال لامراته انت على حرام ولم ينو طلاقها ، فهى يمين ، وهو فولٌ . وإن نوى الكذب فلا شئ عليه .
وهناك رأى قال به جماعة من التابعين ان من قال انت على حرام – هى يمين يكفر عليها ما يكفر اليمين . وقال آخرون هى يمين مغلظة وسند القول قوله عز وجل " يا أيها النبى لم تحرم ما أحل الله لك " وقوله تعالى " قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم " .
وقال رأى إن تحريم المرأة كتحريم الماء – ليس بشئ ، ولا فيه كفارة ولا طلاق قال تعالى " لا تحرموا طيبات ما أحل الله لكم " .

الطلاق يوقعه الزوج دون الزوجة

الزواج عقد رضائى – بإيجاب وقبول – يتعلق بذات الإنسان ، لذلك كان ميثاقاً غليظا عند الله ، قال تعالى " وأخذن منكم ميثاقاً غليظاً " فالزواج يحل به – لكل من الزوجين – من صاحبه ما لم يكن حلا قبل ، إذ الأصل فى الفروج الحرمة ، ولا حل فيها إلا بشرع الله الذى أحل الزواج وشرعة وبالزواج تترتب حقوق وواجبات – بين الزوجين – لم تكن قبله ، إذ فيه تتكون الأسرة ، وبه تحل المعاشرة على وجه الدوام بين طرفيه بالود والرحمة والسكن ، ويزكى الإسلام لستمرار الحياة الزوجية على هذه الروح الطيبة ، التى بدأت بإيجاب من الرجل وقبول من المرأة .

ولكن ما هو الحكم إذا استحكم الخلف بين الزوجين – ووجب إنهاء هذه العلاقة التى بينهما – هل ينهيها من صدر منه الإيجاب ، أو من صدر منه القبول ؟

للإجابة على هذا التساؤل يتعين الرجوع إلى التشريع الذى أحل الزواج ونظمه ورتب عليه الحقوق ، وجعل له شأنا خاصاً ، وطبيعة تغاير كل العقود .

أولاً : القرآن الكريم

قال تعالى : " يا أيها النبى إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن فطلقوهن وأحصوا العدة ، واتقوا الله ربكم ولا تخرجوهن من بيوتهن ، ولا يخرجن إلا يأتين بفاحشة مبينة تلك حدود الله ، ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه لا تدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً . فإذا بلغن أجلن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعرف ... " [١] الخطاب فى الآيتين موجه للرجل دون المرأة

---

[١]) سورة الطلاق ١ - ٢ .

، وهذا الخطاب موجه فى شخص النبى صلى الله عليه وسلم يعلم الرجال من أمته أن الطلاق بيد الرجل إذا دعت الضرورة إليه .

قال تعالى : " وإذا طلقتم النساء فبلغن ، فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ، ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا ، ومن ذلك فقد ظلم نفسه ، ولا تتخذوا آيات الله هزواً ، واذكروا نعمة الله عليكم ، وما أنزل عليكم من الكتاب والحكمة يعظم به واتقوا الله واعلموا أن الله بكل شئ عليم " . " وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف ، ذلك يوعظ به من كان يؤمن بالله واليوم الآخر ، ذلك أزكى لكم وأطهر ، الله يعلم وأنتم لا تعلمون [1] .

قال تعالى " يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها " [2] .

قال تعالى " لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدره متاعاً بالمعروف حقاً على المحسنين . وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون أو يعفو الذى بيده عقدة النكاح ، وأن تعفوا أقرب للتقوى ، ولا تنسوا الفضل بينكم إن الله بما تعملون بصير . [3]

الآيات السابقة قطعية الدلالة فى أن الرجل هو الذى يوقع الطلاق ، وليس المرأة ، ورسمت له حدود الطلاق وضوابط – وهذا منهج القرآن بأدلته القاطعة التى لا تعطى فرصة لمتأول يريد أن يمنع الرجل من إيقاع ، أو يجعل للمرأة حقاً لم يرده الله لها .

---

[1]) سورة البقرة ٢٣١ ، ٢٣٢ .
[2]) سورة الأحزاب ٤٩ ،
[3]) سورة البقرة ٢٣٦ ، ٢٣٧ .

إن سلب الرجل حق الطلاق أمر يصادم صــراحة النصــوص المتعــددة الصريحة القطعية الدلالة ، والتى تخاطب الرسول ، وتخاطب المؤمنين ، وتحذر من أن تتخذ آيات الله هزواً ، وأن اتباعها أزكى وأطهر .

السنة النبوية

قال صلى الله عليه وسلم " إنما الطلاق لمن أخذ بالساق " أى الزوج . ومع أن الرجل مأذون – وحده – فى إيقاع الطلاق بنصوص صريحة لا تحتاج إلى تعليل ، إلا أن بعض الفقهاء يقدمون لها تعديلات ، فنجد الشافعى يقول " إن الطلاق لا يصح إلا من زوج ، ولا يقع إلا على زوجــة ، فيخــتص الزوج بالطلاق ، وإن اشترك الزوجان فى عقد النكاح وهو أحد التأويلات فى قوله تعالى " وللرجال عليهن درجة " . إن الرجل يملك الطــلاق ، ولا تملكه الزوجة ، فإن قيل ، فلم اشترك الزوجان فى النكاح ، وتفرد الرجــل الزوج بالطلاق قيل لأمرين :

أحدهما : أنه لما اشترك الزوجان فى الاستمتاع جاز أن يشتركا فى عقــد النكاح ولما اختص الزوج بالتزام المؤونة جاز أن يختص الزوج بإيقــاع الفرقة .

الثانى : إن المرأة لم يجعل الطلاق إليها ، لأن شهوتها تغلبها ، فلم تــؤمن منها معالجة الطلاق عند التنافر ، والرجل أغلب لشهوته منها ، وأنه يؤمن منه معالجة الطلاق عند التنافر .

ويحاول البعض أن يقدم تعليلاً لاختصاص الرجل وحده – بالإذن من الله – بإيقاع الطلاق . فقيل بأن المرأة بحكم وظيفتها فى الحياة خلقت على طبائع وغرائز تجعلها أشد تأثراً ، وأسرع انقياداً لحكم العاطفــة مــن الرجــل ، ولذلك كانت أصلح فى جميع المواطن التى تعتمد على قوة العاطفة ، فــإذا

أُغضبت اندفعت وراء العاطفة ، ولا تبالى عما ينجم عن هذا الانــدفاع . والمرأة لا تتدبر – وهى فى ثورة غضبها واشتداد رغبتها – عاقبة ما تفعل . هذه المرأة إذا جعل الطلاق بيدها لحكمــت العاطفـــة – قبــل العقــل – وفصمت عرى الزوجية لأوهى الأسباب ، وأقل المنازعات التى لا تخلــو منها الحياة الزوجية ، وهذا أمر يهدد الأسرة بالانهيار لأتفه الأسباب .

وقيل إن الطلاق تترتب عليه تبعات مالية يلزم بها الزوج ، ومما لا شــك فيه أن هذه التبعات تجعله يحرص على بقاء الزوجية ، خاصـــة إذا كـــان بينهما أولاد .

وقيل – والحقيقة أن الإسلام عندما وضع الطلاق بيد الرجل ، إنما يهــدف إلى المحافظة على سلامة الرابطة الزوجية ، لأن الرجل أحــرص علـــى بقائها من المرأة ، فهو الذى أنفق فى سبيلها المال الكثير – مــن تــأمين مسكن وأثاث ودفع مهر ، والإنفاق على الزوجة ، وقد يحتاج إلى مثل مـــا أنفق أو اكثر منه إذا طلق وأراد الزواج ، فعليه أن يعطى مطلقته ما تأخذ من مهر ونفقته ومتعة الطلاق ، وان يقوم الإنفاق خلال العدة التـــى تمتــد أحياناً إلى تسعة أشهر ، إضافة إلى ما سيتطلبه منه عقد زواج جديد ، كل هذا يجعل الرجل آخر من يفكر فى تشويه هذه الحياة فضلاً عن هدمها (١)

وقبل إن عقد النكاح وإن كان عقداً رضائياً يقوّم على العطاء المتبادل بين الزوجين غير أن المرأة امتازت فيه على الرجل فى كون المهر لازمــاً ، وحسب الشروط التى تريدها . أما الرجل فإن عطاءه من هذه الناحية كان بدون مقابل أو عوض . وهكذا فإن عقد النكاح قائم على عطاء المرأة الذى أخذت بمقابله المهر ، فتصير إقالة العقد من طرفها إقالة ضارة بالجــل –

---

(١) المرأة المسلمة بين الشريعة الإسلامية والأضاليل الغربية . فدى عبد الرازق القصير .

الطرف الآخر فى عقد النكاح – ومثل هذه الإقالة لا تصح فى عالم الحقوق ، كشأنها فى سائر العقود اللازمة . هذا بالإضافة إلى أن الطلاق لا يصح أن يكون حقاً لكل من الزوجين ، وإلا لأصبح لعبة بيدها ينافس أحدهما الآخر عليه ويتسابقون إليه (١) . فإعطاء الرجل وحده حتى الطلاق أمر منطقى ، وينسجم مع قاعدة الغنم بالغرم . هذا ومن الخير للعلاقة الزوجية – إذ لم يكن بد من حلها – أن يكون ذلك بيد من هو أحرص عليها ، وأضمن بها . والشارع الحكيم لم يجعل الطلاق بيد الرجل لأنه لأقدر على إيقاعه ، بل لأنه أقدر على عدم إيقاعه ، ولا نستطيع أن نقول : إن امتناع المرأة عن إيقاع الطلاق عندَ النزاع أقرب وأقوى من امتناع الرجل عنه ، فإن غلبة عاطفتها تُسرِع بها إليها ، وقوة عناده تصرفه عنه ، حتى أنه يمتنع عنه أحياناً مع وجوبه عليه ، فيضطر القاضى إلى إيقاعه عليه للتفريق بينهما دفاعاً لظلمه بزوجته .

إن الطلاق الذى يوقعه الزوج ، هو بإذن الله له ، فالله عزو جل هو الذى شرع الزواج رضائياً ، وهو الذى أذن لأحد طرفيه بإنهائه دون حاجة للبحث عن مبررات هذا الإذن الإلهى ، ولا يبحث عن المبررات إلا من فى قلبه شك ، ولم يتفهم قول الله عز وجل يا أيها الذين أمنوا إذا طلقتم النساء ... "

هل الزوج حر فى إيقاع الطلاق

إذا كان الرجل هو الذى أذن الله له بإيقاع الطلاق على زوجته ، فإن الله قد خاطبه بقوله سبحانه وتعالى " يا أيها الذين أمنوا إذا طلقتم النساء ... " فالخطاب فى هذا الخصوص خطاب إيمانى ، يدل على أن إيقاع لابد أن

---

(١) المرجع السابق .

يعاصره الإيمان بالمعنى الذى طلبه الله ، حتى يمكن التمسك بالقيود والحدود التي رسمها الله ، ومنها :

١) أن الطلاق فى الإسلام قسوة مكروهة ، فهو أبغض الحلال إلى الله . وهذه القسوة يدفعها الإسلام بكل ما يستطاع من عمل الزوجين ، وعمل الأهل ، والقادرين على السعى بين الزوجين للهداية والإصلاح ، وهذا يقتضى من الرجل أن يراجع نفسه إذا أحس النفرة من زوجته عسى أن يكون فى صبره خير لا يعلمه قال تعالى " فإن كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئاً ويجعل الله فيه خيراً كثيراً " [١] .

٢) أن الطلاق لا يكون إلا لسبب مشروع يدعو إليه ، بمعنى أن الرجل مقيد بالحاجة إلى الطلاق ، حتى يستنفذ الوسائل المستطاعة ، ولا يكون هناك حل آخر يغنى عن الطلاق . من أجل هذا يقول الفقهاء " الأصل فى الطلاق الظر ، ولا يباح إلا للحاجة " قال تعالى " فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا إن الله كان عليا قديرا " [٢] . بمعنى أن الزوجة إذا استقام أمرها وصلح حالها ، فإن سبب طلاقها لا يكون قائماً ، ويحرم الطلاق . قال رسول الإسلام الكريم " لا تطلق النساء إلا من ريبة " وقال " إن الله لا يحب الذواقين والذواقات " وقال " لا يفرك [٣] مؤمن مؤمنة ، إن كره منها خلقاً رضى منها آخر " . وإذا طلق الزوج على خلاف ذلك – أى دون حاجة أو سبب يدعو إلى الطلاق – وقع طلاقه ، وكان آثماً – على خلاف بين الفقهاء ، إذ يرجعون ذلك إلى خفاء السر فى وقوع الطلاق مع عدم الحاجة إليه ، لأن هذه الحاجة تقديرية ، وقد تكون لأمور نفسية لا يشعر

---

[١]) سورة النساء ١٩ .
[٢]) سورة النساء ٣٤ .
[٣]) الفرك – البغض .

بها صاحبها . ولذلك اكتفى الفقهاء ، بتوقيع الإثم على المطلق ، وهو أثـر أخروى خافه المنادون بخطاب الطلاق " يا أيها الذين أمنوا " خاصـة إذا كان السؤال عن إيقاع الطلاق بلا مبرر ، وهو علاقة بين المطلق وربه .

٣) أن يكون الطلاق فى حال طهر الزوجة الذى لم يخالطها فيـه . قـال تعالى " يا أيها النبى إذا طلقتم النساء فطلقـوهن لعـدتهن " أى طلقـوهن مستقبلات عدتهن . والطلاق فى الحيض ليس متصلاً بالعدة ، من أجل ذلك يذهب الفقهاء إلى أن الرجل إذا أوقع الطلاق على زوجته حال حيضها كان طلاقه واقعاً ، ويسمى بالطلاق البدعى لمخالفة ذلك للطلاق المشروع . فقد روى أن عبد الله بن عمر طلق امرأته فى حال حيضها ، فذكر عمر ذلـك للرسول صلى الله عليه وسلم ، فتغيظ الرسول ثم قال له " مره – أى مـر عبد الله – فليرجعها ، ثم يمسكها حتى تطهر ، ثم تحيض فتطهر ، فإن بَدَا له أن يطلقها فليطلقها قبل أن يمس ، فتلك العدة التى أمر الله أن تطلق لها النساء .

إن ظروف المرأة وهى حائض ظروف استثنائية ، قد تكون لها علاقة فى سبب إيقاع زوجها الطلاق ، وهى ظروف وقتية – قد تبعـث النفـور – وبزوالها تعود الأمور بينهما إلى طبيعتها ، فيتدارك الزوج أمره ، ويرجع إلى صوابه . هذا بالإضافة إلى أن طلاق المرأة وهى حائض فيه ضـرر بها ، إذ تطول عليها العدة ، لأن الحيضة التى يقع فيها الطلاق لا تحسـب من عدتها ، فتكون فى تلك المدة كالمعلقة – لا هى معتـدة ولا هـى ذات زوج ولا فارغة من الزوج . والله عز وجل قد نهى عن أضـرار المـرأة بتطويل العدة عليها .

٤) يضع رسول الإسلام قيوداً على الطلاق ، وسماه الفقهاء " طلاق السنة " وغيره طلاق البدعة ، بأن يطلق الزوج زوجته فى طهر لا جامع فيــه . وهو طلاق على خلاف ما جاء فى حديث ابن عمر ، إذ قال الرسول " فإن بدا له أن يطلقها ، فليطلقها قبل أن يمس . وهذا نهى من رسول الله صلى الله عليه وسلم ، والنهى منه لا يكون مباحاً .

وطلاق البدعة – وإن كان يقع – إلا أن فيه أثم عند عامة أهل العلم ، فقد قال ابن المنذر وابن عبد البر لم يخالف فى ذلك إلا أهل البدع والضلال .

ويقو ابن حزم " من أراد طلاق امرأته وقد وطئها ، فلا يحل له أن يطلقها فى حيضتها ، ولا فى طهر وطئها فيه . فإن طلقها طلقة أو طلقتــين فــى طهر وطئها فيه أو فى حيضتها ، لم ينفذ ذلك الطلاق ، وهى امرأته كمــا كانت " ويقول فتلك حدود ، فمن تعداها فهو ظالم لنفسه ، ومن ظلم وتعدى ففعله باطل مردود لقوله صلى الله عليه وسلم " من عمل عملاً ليس عليــه أمرنا فهو رد " [1] .

يقول المالكية إن الرجل إذا طلق زوجته فى طهر قد مس فيه ، فقد ألــبس عليها العدة ، فلم تدر بما تعتد ، إن كانت تعتــد بالوضــع أم بــالأقراء ، لاحتمال أن تكون قد حملت من ذلك الوطء ، فكره أن يدخل عليها اللــبس فى العدة ، وأمر ألا يطلقها إلا فى موضع فيه عدتها – ما هى – لتستقبلها ، والله يقول " فطلقوهن لعدتهن " أى فى قبل عدتهن . وقيل إن الرجل قــد نهى عن الطلاق إلا فى طهر لتكون المرأة مستبرأة ، فتكون على قيد من عدم نفى الحمل إن أتت بولد ، وأراد المطلق أن ينفيه .

---

[1]) المحلى لابن حزم جزء ١٠ ص١٦١ وما بعدها .

ويرى الشافعية أن طلاق الحائض بدعه ، وكذلك الطاهر التى جومعت فى طهرها .

يقول الماوردى " وأما طلاق البدعة ، فطلاق الحائض والطاهر التى قد جومعت فى طهرها . أما الحائض فكان طلاقها بدعة لأنها طلقت فى زمان لا يحتسب به من عدتها . وأما المجامعة فى طهرها فلا إشكال فى امرها ، هل علقت منه فلا تعتد بالطهر وتعتد بوضع الحمل ، أو لم تعلق فتعتد بالطهر . وإلى هذا ذهب زفر من الأحناف الذين قال : يكره الطلاق فى حالة الحيض من غير المدخول بها لأن معنى نفرة الطبع والمنع شرعاً لا يختلف بين كونها مدخولاً بها أو غير مدخول بها [١] .

إذا خالف الزوج وأوقع الطلاق فى حال الحيض أو فى طهر جامع فيه ، فقد أجمع الفقهاء على انه آثم خالف أمر الشارع الحكيم ، وقال الجمهور بوقوع طلاقه لأن رسول الله صلة الله عليه وسلم فى حديث ابن عمر ، قال لعمر " مره فليراجعها " والرجعة لا تكون إلا بعد وقوع الطلاق . وهذا يدل على أن الطلاق فى حال الحيض ، وكذا فى حال الطهر الذى جامع فيه – يقع .

الطلاق فى حال الحيض عند الشافعية

يرى جمهور الشيعة الأمامية وابن حزم الظاهرى أن الطلاق فى حال الحيض أو فى حال الطهر الذى جامع فيه لا يقع . وسندهم حديث ابن عمر لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم ير فى تطليق ابن عمر امرأته فى الحيض شيئاً ، وهذا صريح فى عدم وقوع الطلاق . وقالوا إن الشارع نهى عن الطلاق فى حال الحيض أو الطهر الذى خالط فيه الزوج زوجته

---

[١]) المبسوط للسرخسى جزء ٦ ص٧ .

، ولم يأذن فيه ، فلا يكون مملوكاً لزوج ، فإذا أوقعه كان متصرفاً فيما لا يملك فلا يصح .

وقد رد فقهاء السنة بان النهى عن الطلاق فى الحيض لا يستلزم عدم الاعتداد به ، إذا وُجِدَ . وقالوا إن رواية حديث ابن عمر جاءت مخالفة لرواية سائر الحفاظ ، ويقول ابن عبد البر إن القول بأن الرسول صلى الله عليه وسلم " لم يرها شيئاً " منكر لم يقل به أحد .

جمهور الفقهاء الذى يقول بوقوع الطلاق فى حال الحيض أو فى الطهر الذى خالط فيه الزوج زوجته يرى أن الزوج يؤمر بمراجعة الزوجة ، إن كانت الرجعة ممكنة ، ثم يمسكنها إلى أن تطهر من الحيض الذى طلقها فيها ، ثم تحيض مرة أخرى ، فإذا طهر بعد ، طلقها – إن شاء قبل أن يمس . وهذه المراجعة واجبة عند المالكية وعند الحنفية . غير أن المالكية يقولون إذا امتنع الزوج عن المراجعة ، أجبره الحاكم عليها بالحبس أو الضرب حتى يراجع ، فإن لم يراجع أرجعها الحاكم عليه ، وتصير بهذه الرجعة زوجة له ، أما الأحناف فيكتفون بزجر الحاكم له إذا امتنع عن المراجعة ، أما إذا راجع فقد زال أثر المعصية التى ارتكبها .

٤) تقييد الطلاق بألا يكون أكثر من واحدة ، بمعنى أن الطلاق يكون مباحاً لرجل إذا هو أوقع طلقة واحدة ، فى حال لم يجامع فيه زوجته . فإن كان طلاقه أكثر من طلقة واحدة كان طلاقاً بدعياً – سواء كان الطلاق بلفظ واحد كأنت طالق ثلاثا ، أبو بالألفاظ متعددة ، كأنت طالق أنت طالق أنت طالق . ويكون طلاقه بدعياً أيضاً إذا طلقها طلقة واحدة ثم طلقها أخرى فى نفس الطهر دون أن يراجعها ، لأن الله تعالى قال " الطلاق مرتان " ورسول الإسلام أخبر عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقاً جمعاً ، فقام

غضبان ثم قال " أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم !! حتى قام رجل فقال ألا أقتله يا رسول الله . ولم يكن غضب رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا لأن الله عز وجل ، شاء أن يجعل للناس أناةً ورؤية فى مسألة حل رباط الزوجية الذى سماه الله " بالميثاق الغليظ " وجعل الخروج منه بكلمة واحدة هى الطلاق مرة واحدة ، وفى كل مرة إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ، حتى يكون بين طلقة وأخرى مسافة زمنية ، تجعل للروية والتدبير والتفكير مجالاً ، حتى لا تقع الثالثة ، وتكون البينونة الكبرى ، حيث لا ينفع بعدها ندم ، ولا التذكير بما أفضى كل من الزوجين لصاحبه .

ما هو الحكم إذا خالف الزوج قيد الطلقة الواحدة

اختلف الفقهاء فى حكم التطليق إذا وقع أكثر من واحدة بلفظ واحد أو بألفاظ متفرقة .

١) قال جمهور الفقهاء أنه إذا طلق الرجل امرأته بلفظ الثلاث فى لفظ واحد أو بألفاظ متفرقة يقع طلاقه كما أوقعه . فقد روى النسائى عن ابن لبيد قال " أخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعاً ، فقام النبى غضباناً ، ثم قال أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم – حتى قام رجل فقال : يا رسول الله ألا أقتله ؟ هذا الحديث يدل على أن الزوج إذا طلق ثلاثاً يقع ثلاثا ، ويلزمه ، كما وقع ، ، وإن كان عاصياً فى إيقاعه . ويظهر هذا من غضب رسول الله صلى الله عليه وسلم من إيقاع الطلاق بألفاظ الثلاث ، وكذلك من عدم أمره لمن طلق أن يرجع زوجته ، فلو كان له مراجعتها لبين الرسول ذلك [1] . هذا فضلاً

(١) قال رجل لعبد الله بن عباس " طلقت امرأتى مائة تطليقه ، فماذا ترى علىَّ ؟ فقال ابن عباس " طلقت منك لثلاث ، وسبع وتسعون اتخذت بها آيات هزواً " وروى أن رجلاً جاء إلى عبد الله بن مسعود فقال : إنى طلقت امرأتى ثمانى تطليقات . فقال ابن مسعود ، فماذا قيل لك ؟ قال الرجل قيل لى إنها قد بانت منى . فقال لبَساً ، جعلنا لبسه ملصقاً به ، لا تلبسوا على أنفسكم ونتحمله عنكم – هو كما يقولون .

عن أن ركانة بن عبد يزيد طلق امرأته سهيمه المزنية البتة – أى طلقها ثلاث – ثم جاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال " طلقت امرأتى البتة ، ما أردت إلا واحدة ، فقال النبى لركانة – والله ما أرد إلا واحدة – فقال ركانو – والله ما أردت إلا واحدة ، فردها الرسول إليه ، وطلقها الثانية فى زمن عمر ، وطلق الثالثة فى زمن عثمان بن عفان . هذا الحديث واضح الدلالة فى أن الطلاق الثلاث يقع ثلاثاً ، وإلا ما كان هناك داع لقول رسولا الله " والله ما أردت إلا واحدة ... "

ويستدل على رأى الجمهور أيضاً بما روى عن عائشة الخثعمية كانت تحت الحسن بن على بن أبى طالب رضى الله عنهما ، فلما مات على قالت له " لتهنك الإمارة – أو الخلافة . فقال الحسن : يقتل على وتظهرين السماتة ؟ أذهبى فأنت طالق ثلاثاً ، فلما انقضت عدتها بعث إليها بعشرة آلاف متعة لها وبقية بقيت لها من صداقها ، فقالت متاع قليل من حبيب مفارق ، فلما بلغه قولها قال " لولا أن أبى حدثنى أنه سمع جدى يقول " أيما رجل طلق امرأته ثلاثاً جميعاً أو ثلاثاً عند الأقراء ، لم تحل له حتى تنكح زوجاً غيره لراجعتها . وهذا يدل على أن الطلاق الثلاث بلفظ الثلاث ، يقع ثلاث . هذا بالإضافة إلى أن الكثير من الصحابة رضوان الله عليهم قالوا بأن الطلاق إذا كان بلفظ الثلاث يقع ثلاثا . فقد روى أبو داود فى سننه عن مجاهد قال : كنت عند ابن عباس فجاءه رجل فقال ، إنه طلق امرأته ثلاثا ، فسكت ابن عباس حتى ظننت أنه رادها إليه ، ثم قال " ينطلق أحدكم فيركب الحموقة ، ثم يقول يا ابن عباس ، والله قال " ومن يتق الله يجعل له مخرجاً " وإنك لم تتق الله ، فلم أجد لك مخرجا ، عصيت ربك ، وبانت منك امرأتك .

قال السرخسي في مبسوطه الجزء السادس " من قال لامرأته ولم يدخل بها أنت طالق ثلاثا تطلق منه ثلاثا لأن الطلاق متى قرن بالعدد فالوقوع بذكر العدد ، لأن المُوقع هو العدد فإذا صرَّح المطلق بذكر العدد كان هو العامل دون ذكر الوصف ولهذا إذا ماتت الزوجة بعد قول الزوج أنت طالق وقبل قوله ثلاثا لا يقع شئ ، وهذا لأن الكل كلمة واحدة فى الحكم ، والكلمة الواحدة لا يفصل بعضها من بعض . أما إذا قال أنت طالق ، أنت طالق ، انت طالق بانت بالأولى وكانت الاثنتان فيما لا يملك – لأن الفرض هنا أن الطلاق قبل الدخول – لأن قوله " أنت طالق الأولى لقيت محلا هو زوجة غير مدخول بها " فبانت بها إلى لا عدة ، فلم يبق محل للوقوع فى الطلقتين الثانيتين .

جاء في موطأ مالك أن رجلا أتى ابن مسعود فقال " طلقت امرأتى ثمانى طلقات فقال : ما قيل لك ؟ قال الرجل " قيل لى بانت منك " قال هو مثل يقولون . وهذا ظاهره الإجماع .

اخرج ابن شيبه فى مصنفه أن رجلا جاء إلى عثمان بن عفان ، فقال إنى طلقت امرأتى مائة، فقال له عثمان ، ثلاث تحرمها وسبع وتسعون عدوان

٢) ذهب الشيعة إلى انه لا يقع به إلا طلقة واحدة ، وإلى هذا ذهب الإمامية والزيدية ، واختاره ابن تيمية وتلميذه ابن القيم . واستدلوا بقول الله تعالى " الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ... الآية " فالطلاق طبقاً للآية شرع متفرقاً ، مرة بعد مرة ، ولم يشرعه الله دفعة واحدة ، وما شرع متفرقاً لا يملك المطلق إيقاع مراته كلها جملة واحدة . فإذا جمع الرجل الطلاق ثلاثا أو مرتين لا يقع إلى واحدة . وفى ذلك يقول ابن القيم " إن الطلاق فيه موسعة من الله لعباده ، إذ جعل الطلاق مرة بعد

مرة ، وما كان مرة بعد مرة ، لا يملك المكلف إيقاع مراته كلهـا جملـة واحدة كاللعان ، فإنه لو قال اشهد بالله أربع شهادات إنى لمن الصـادقين ، كانت مرة واحدة ، ولو حلف فى القسامة وقال " أقسم بالله خمسين يمينا أن هذا قاتله ، كان ذلك يمينا واحدة . والله يقول سنعذبهم مرتين – والرسول يقول لا يلدغ المؤمن من جحر مرتين " وقول الله عـز وجـل " الطـلاق مرتان " كلها من باب واحدة ، ومشكاة واحدة .

ومن حجة هذا الراى أيضاً ما رواه مسلم عن عبد الله به عباس أنه قـال " كان الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وسـنين من خلافه عمر ، طلاق الثلاث واحدة فقال عمر إن الناس استعجلوا فـى أمراً كانت لهم فيه أناة ، فلو أمضينا عليهم " ومؤدى هذا أن الطلاق الثلاث كان يقع واحدة وأن عمر أمضاه ثلاثاً اجتهادا منه فى ذلك لأنه وجد الناس قد استهانوا بأمر الطلاق ، وكثر منهم إيقاع الثلاث مرة واحـدة ، فوجـد المصلحة فى إلزامهم بما التزموا عقوبة لهم على مخالفة ما هو مشروع فى الطلاق ، واستعجالهم فيما جعل الله لهم فيه أناة رحمة منه وإحساناً . وقـد وافقه الصحابة .

رد جمهور الفقهاء على حجج الرأى السابق بأ الطلاق المفرق مرة بعد مرة هو الطلاق المباح أو المشروع ليكون هناك مجال للتروى ، وتدارك الأمر ، إذا تغير رأى الزوج ، ووجد من المصلحة العودة إلى زوجته ، وإنمـا النزاع هو وقوع الطلاق أو عدم وقوعه ، إذا لم يكن مفرقاً ، وليس فـى الآية محل الاستدلال شئ من ذلك ، ومن ثم يتعين الرجوع إلى السنة ، وقد جاء فى السنة ما يدل على أن الطلاق إذا كان بلفظ الثلاث يقع ثلاثا . أمـا الاستدلال بعمل عمر ففيه مخالفة للأحاديث الصحيحة التى تدل علـى ان

الطلاق بلفظ الثلاث يقع ثلاثاً . هذا بالإضافة إلى أن ابن عباس كان يفتى بوقوع الطلاق بلفظ الثلاث ، أنه يقع ثلاثا ، ولا يسعف القول بأن عمر اجتهد الرأى لأن من شروط الاجتهاد أو ألا يخالف نصاً قاطعاً أو إجماعاً صحيحاً ، وهذا ثابت من حجة أصحاب هذا الرأى ، إذ قالوا بأن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يعتبر الطلاق بلفظ الثلاث واحدة ، واستمر الأمر على عهد أبى بكر وسنتين من عهد عمر مشهورا بين الصحابة كلهم ، فكيف يأتى عمر بعد ذلك ، ويغير المشروع ويخالف ما كان عليه الأمر باجتهاد منه ، وعملاً بالمصلحة .

٣) يقول أكثر الشيعة الإماميّة ، إنه طلاق غير مشروع ، لأنه بدعة محرمة ، والبدعة مردودة لقوله صلى الله عليه وسلم " من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو ردٌّ "

٤) يقول رأى بالتفريق بين المرأة المدخول بها ، فهذه يقع عليه الطلاق ثلاثاً . وغير المدخول بها فيقع عليها طلقة واحدة .

ونحن نرجح ما ذهب إليه أصحاب الرأى الثانى من أن الطلاق الثلاث بلفظ واحد أو بألفاظ متعددة لا يقع إلا طلقة واحدة لقوة سند هذا الرأى لأن الله شرع الطلاق مرتين ، ثم بعدهما مرة ثالثة ، وهذا يدل على تفريق الطلقات كما أراد الله ، وفى جمعها بغير نص فى مرة واحدة أمر مصادم صراحة لنصوص متعددة صريحة وقطعية الدلالة فى أن الطلاق على مرات متفرقة ، لأن الله أراد لعباده اليسر ، وأعطاهم الفسحة للتدبر وخصوصاً فى أمر الفرقة بين الزوجين ، وقد أحسن المشرع الوضعى عند نص بالمادة الثالثة من القانون ١٩٢٩/٢٥ على أن الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحدة .

الحلف بالطلاق " يميناً "

الحلف بالطلاق قد يكون بصورة قسم – أى يمين – ليس فيها تعليق لفظ الطلاق . كمن يقول " يلزمنى الطلاق لأفعلن كذا " هذا القسم يعتبر يميناً ممن صدر منه . وقد يكون الطلاق بصيغة فيها تعليق الطلاق على شرط كمن يقول " إن خرجت من الدار فأنت طالق "

الصورة الأولى وهى " يلزمنى الطلاق لأفعلن كذا " وأمثالها – يعتبر يميناً – أى الحلف على شئ غير الطلاق . ووقوع الطلاق بهذه الصيغة وبأمثالها محل خلاف بين الفقهاء .

١) ذهب ابن حزم فى محلاه إلى عدم وقوع الطلاق على الزوجة بصيغة اليمين ، لأن اليمين بالطلاق لا يلزم – سواء برَّ أو حنث – لا يقع به طلاق . لأن الطلاق لا يقع إلا كما أمر الله عز وجل ، وبه علم عباده ، وهو القصد إلى إيقاع ، أما ما عدا ذلك فباطل ، وتعدٍ على حدود الله تعالى ، والله أمر تلك حدود الله فلا تعتدوها ، ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه

٢) وذهب المالكية إلى أن الحلف بالطلاق مكروه لوجهين : أحدهما نهى النبى عن ذلك ، بل وعن الحلف بغير الله . والثانى : أنه قد يقع حنثه فى حال الحيض ، أو دم النفاس ، أو فى طهر قد مس فيه وهذه الأحوال لا يجوز إيقاع الطلاق فيها ، فإذا كانت الزوجة ممن لا تحيض أو يائسة من المحيض لمخالفته للسنة .

إذا حلف الزوج بالطلاق ثم حنث فى يمينه ، وامرأته حائض أو نفساء ، فإنه يجبر على رجعتها ما لم تنقض العدة ، وهو قول مالك وهو الصحيح فى المذهب ، لأن الأوامر محمولة على الواجب حتى يقترن بها ما يدل على أنها للندب .

وهناك رأى بأن يجبر على الرجعة ما لم تطهر ثم تحيض إلى الموضع الذى أبيح له الطلاق ، وهذا ضعيف .

٣) ذهب الأحناف وطائفة من أصحاب الشافعى إلى أن الطلاق الذى هو يمين لا يقع وهناك رأى بوقوعه إذا حنث الحالف فى يمينه لأنه التزم أمراً عند وجود الشرط فيلزمه ما إلتزمه .

القائلون بعدم وقوع الطلاق إذا حنث الحالف فى يمينه يقولون إن أحداً من الصحابة لم يُفْتِ بوقوع الطلاق فى اليمين ، كما أنه ليس فى الكتاب والسنة لليمين إلا حكمان ، أن تكون اليمين منعقدة محترمة ففيها كفارة ، وإما ألا تكون محترمة فهذه لا كفارةً فيها اتفاقاً ، كمن يحلف بالمخلوقات . واليمين بالطلاق – أى الحلف بالطلاق – إن دخلت فى إيمان المسلمين ، وحنث الحالف فقد دخل فى قوله تعالى " قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم " وإذا لم تكن من أيمان المسلمين ، باعتبارها حلف بالمخلوقات فلا يجب بالحنث فيها – لا كفارة ، ولا غيرها [1] . ورسول الله صلى الله عليه وسلم يقول " من كان حالفاً فلا يحلف إلا بالله " فالحلف بالطلاق ليس حلفاً ، بل معصية ، ولا يمين إلا ما سماه الله يميناً .

القانون ١٩٢٩/٢٥ نص بمادته الثانية " لا يقع الطلاق غير المنجز ، إذا قصد به الحمل على فعل شئ أو تركه لا غير " باعتبار أن التعليق إذا أريد به الحمل على فعل شئ أو تركه قسماً لا يقع به شئ .

***

---

[1]) المفصل فى أحكام المرأة . د/ عبد الكريم زيدان جزء ٧ ص٤٨١ .

شروط المطلق

اشترط الأحناف والمالكية لصحة الطلاق الصادر من الزوج أن يكون عاقلاً حقيقة أو تقديراً . قال الكمال بن الهمام فى فتح القدير " ومعلوم من كليات الشريعة ، أن التصرفات لا تنفذ إلا ممن له أهلية التصرف ، وأدناها العقل والبلوغ خصوصاً ما هو دائر بين النفع والضرر أماً ، وخصوصاً ما لا يحل إلا لانتفاء مصلحة ضده القائم – النكاح – والطلاق ، فإنه يستدع تمام العقل ليحكم به ولا يكفى مجرد التمييز فى ذلك الأمر ، ولم يكف عقل الصبى العاقل ، لأنه لم يبلغ الاعتدال ، ولو فرض لبعض الصبيان العاقلين عقل جيد لا يعتبر ، لأن المدار صار البلوغ لانضباطه ، فيتعلق به الحكم ، وكون البعض له ذلك لا ينبنى الفقه باعتباره ، لأنه إنما يتعلق بالمظان الكبرى . وقضت محكمة النقض بأن الأصل فى الشريعة الإسلامية أن طلاق الزوج يقع متى كان بالغاً (١) .

ولا يصح عند المالكية طلاق الصبى ولو كان مراهقاً . أما الشافعية فيقولون بعدم صحة طلاق غير المكلف . أما الحنابلة فيشترطون فى المطلق أن يكون عاقلاً مختاراً – ولو مميزاً يعقل الطلاق ، ولو كان الصبى المميز دون عشر سنين لعموم قول رسول الله صلى الله عليه وسلم " الطلاق لمن أخذ بالساق " ولقوله " كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه والمغلوب على عقله "

أولاً : البلوغ والعقل ، شرط فى المطلق ، لأن الطلاق تصرف خطير ، ويحتاج إلى تحكيم التميز فيه قبل صدوره ، فلا يكفى فيه عقل صبى عاقل

---

(١) نقض ٥٠/٣١ ق

لأنه لم يبلغ الاعتدال ، ويبين الرسول أن القلم رفع عن ثلاثة أحدهم الصبى حتى يحتلم .

وشرط العقل فى المطلق يقتضى ألا يقع طلاق المجنون للحديث السابق " ورفع القلم عن ثلاثة : عن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبى حتى يحتلم ، وعن المجنون حتى يفيق " وسبب ذلك كما يقول الفقهاء " العقل شرط أهلية التصرف "

والمجنون فى فقه الشريعة الإسلامية هو من أصيب باختلال فى العقل يفقده الإدراك تماماً ، وتكون حالته حالة اضطراب ، وحكم تصرفاته أنها تكون باطلة بطلاناً كلياً ، فلا تصح له عبارة أصلاً ، ولا ينبنى عليها أى حكم من الأحكام [١] . كما أنه إذا باشر زواجه بنفسه ، فإن أثر تصرفه عدم انعقاده ، بعبارته ، وما يترتب عليه من آثار الزواج ، ومؤدى هذا اعتبار طلاقه وارداً على غير محل [٢] .

وهناك بعض الأشخاص ألحق طلاقهم بطلاق المجنون ، بمعنى أن طلاقهم غير واقع وهم :

النائم لانتفاء الإرادة عنده ، ولذا لا يوصف بصدق ولا كذب ولا إجبار ولا إنشاء .

المبرسم – لا يقع طلاقه وكذلك المدهوش والمريض الذى مرضه يذهب عقله لا يقع طلاقه .

طلاق السكران لا يقع . وقد نصت الماجدة الأولى من القانون ١٩٢٩/٢٥ على أنه " لا يقع طلاق السكران " إلا أن الفقهاء اختلفوا فى إيقاع طلاق السكران إلى فريقين :

---

[١] نقض رقم ٤٩/٥٧ ق .
[٢] نقض ٥٤/٦٤ ق .

الفريق الأول : وهو الجمهور – هذا الفريق يقول بوقوع طلاق السكران إذا كان سكره بطريق محظور ، وهو من يتناول الخمر مع علمه بأنه مسكر . وسند هذا الرأى أن خطاب الشارع " الطلاق مرتان " إلى قوله تعالى " فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره " هذا الخطاب عام لم يفصل بين السكران وغيره . ورسول الله صلى الله عليه وسلم يقول " كل طلاق جائز إلا طلاق الصبى والمعتوه " يضاف إلى ذلك أن ذهاب عقل هذا السكران كان بسببه هو وفعله معصية – فيؤاخذ بفعله ، فوجب أن يكون مؤاخذاً بما حدث عن سكره . كما يضاف إلى ذلك أن نهى الشارع عن السكر ، وهو لا ينهى ألا مكلف ، وقد أوقع الصحابة طلاق السكران [1] .

الفريق الثانى : يقول إن طلاق السكران غير واقع – أى غير لازم – وسند الظاهرية فى هذا هو قوله تعالى " يا أيها الذين أمنوا لا تقربوا الصلاة وانتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون ... " ومؤدى هذا أن طلاق السكران غير معتبر ، هذا فضلاً عن أن مؤاخذة السكران بسكره لا يقتضى مؤاخذته بطلاقه . ويضاف إلى ذلك أن عثمان بن عفان رضى الله عنه قال " إن طلاق السكران لا يقع " فهو زائل العقل ، فلا يكون لذلك مكلف ، لأن الفعل شرط به التكليف – أى شرْط أهلية التصرف – وما دام قد فقد هذا الشرط ، فإن عبارته تكون ملغاة ولا أثر لها .

والذى نراه عدم وقوع طلاق السكران ، لأن شرط وقوع الطلاق هو العقل والإدراك حتى يكون للمطلق قصد فيما يقول ، والسكران غير ذلك ، فلا إدراك عنده ، ولا هو يدرك قوله ، سواء كان سكره بطريق محظور أو

---

[1]) المغنى لابن قدامه ، وزاد الميعاد .

غير محظور ، لأن الطلاق يهتز له العرش ، وأن الطــلاق لا يكــون إلا لضرورة ، والسكران لا تقدير عنده ، وإلى هذا ذهب القانون كمــا ســبق القول ، وأيدته مذكرته الإيضاحية بقولها إنه من الواجب حماية الشــريعة المطهرة ، وحماية الناس من الخروج عليها ، وقد تكفلت بسعادة الناس دنيا واخرى ، وأنها بأصولها تسع الأمم فى جميع الأزمنة والأمكنــة ، متــى فَهِمَتْ على حقيقتها ، وطبقت عن بصر وبصيره . ومن السياسة الشرعية للناس باب الرحمة من الشريعة نفسها ، وأن يرجع إلى آراء العلماء لتعالج الأمراض الاجتماعية ، كلما استعصى مرض منها ، حتى يشعر الناس أن فى الشريعة مخرجاً من الضيق ، وفرجاً من الشدة ، وليس هنــاك مــانع شرعى من الأخذ بأقوال الفقهاء من غير المذاهب الأربعة ، خصوصاً إذا كان الأخذ بأقوالهم يؤدى إلى جلب صالح عام ، أو رفع ضرر عام بنــاء على ما هو حق من آراء علماء أصول الفقه . وطلاق السكران لا يقع بناء على قول راجح لأحمد ، وقول فى المذاهب الثلاثــة ، ورأى كثيــر مــن التابعين ، وأنه لا يعرف من الصحابة قول فيه بالوقوع .

والسكران هو الذى يتناول الخمر ، وما شاكلها ، حتــى صــار يهــذى ، ويخلط فى كلامه ، ولا يعى بعد إفاقته ما كان منه حال ســكره ، ولــذلك روى عن عثمان بن عفان أنه قال " إن السكران لا يقع طلاقه " وقال ابن عباس " إن طلاق السكران لا يقع " وقال ابن القيم " ولا يعرف رجل مــن الصحابة أنه خالف عثمان وابن عباس " [1]

---

[1]) زاد الميعاد جزء ٤ ص٤١ .

ثانياً : أن يكون المطلق مختاراً

يقصد بأن يكون المطلق مختارا غير مكره على الطلاق عليه من قبل غيره . وقد تعرض الفقهاء لبيان حكم طلاق المكره فذهب رأى إلى وقوع طلاقه وذهب رأى آخر إلى عدم وقوعه .

القائلون بوقوع طلاق المكره هم الأحناف – ومعهم بعض الفقهاء – وحجتهم أن طلاق المكره هو طلاق صادر من مكلف فى محل يملكه – ولذلك يكون طلاقه نافذا لطلاق غير المكره . ويضيفون أن المكره قصد إيقاع الطلاق فى حال أهليته . كما أن الطلاق مشروع لدفع الحاجة . والمكره حاجته التخلص مما توعد به المكِره من قتل أو ضرب أو جرح – أى من أذى يلحق به – وقد اختار المكرَهُ أهون الضررين واختياره هذا آيه قصده واختياره .

واستدل الأحناف بوقوع طلاق الهازل ، فقد جاء فى الحديث الشريف " ثلاث جدهن جد ، وهزلهن جد : النكاح والطلاق والرجعة . والهازل لم يقصد إيقاع الطلاق ، فكان ذلك خير دليل على الرسول صلى الله عليه وسلم اعتبر التلفظ بالطلاق قاصدا من غير اعتبار معناه موقعاً للطلاق . والمكره يقاس على الهازل لأن المكره قصد النطق وإن لم يرد المعنى ، فيقع طلاقه . كما استدلوا أيضاً بحديث حذيفة وأبيه حين حلفهما المشركون ، فقال لهما رسول الله نَفِي لهم بعهدهم ونستعين الله عليهم . فتبين أن اليمين طوعا وكرها سواء ، فعلم أن لا تأثير للإكراه فى نفس الحكم المتعلق بمجرد اللفظ عن اختيار (1)

---

(1) فتح القدير جزء٢ ص٣٩ .

القائلون بعدم وقوع طلاق المكره هم – جمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية والحنابلة ومعهم الزيدية والجعفرية . وسندهم فى ذلك قول رسول الله صلى الله عليه وسلم " رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه " وقال " لا طلاق ولا عتاق فى إغلاق " وقال " طلاق السكران والمستكره غير جائز " ويقولون إن الإكراه ينافى الاختيار والقصد ، فلا يجتمعان . والطلاق يقوم على الاختيار والقصد ، وقد شرع لضرورة ، والمطلق هو الذى يقدر ضرورته لإيقاع الطلاق .

والرأى ما ذهب إليه الجمهور لأن الإكراه مؤثر فى النية وفى القصد والاختيار ، إذ يختار الشخص تحت إكراه وليس تحت إرادة وقصد .

ثالثاً : أن يكون المطلق قاصدا الطلاق

المراد بالقصد هنا أن يكون المطلق قاصداً لفظ الطلاق ، فإذا قال المطلق لامرأته أنت " طالق – أو مطلَّقه ، بتشديد اللام – ثم قال أردت أنها طالق من مثلاً لم يصدق فى القضاء ، لأن لفظ الطلاق لا يستعمل إلا فى رفع قيد النكاح " وهذا اللفظ لا يحتاج إلى لوقوع الطلاق ، إذ النية عملها فى تعيين المبهم ، ولا إبهام فى لفظ الطلاق ، قال تعالى " فطلقوهن لعدتهن " مما يدل على أن الله شرع الطلاق من غير النية .

يبحث الفقهاء نية الطلاق ، ولهم فى ذلك أقوال :

القول الأول : يرى الفقهاء أن النية المجردة – لإيقاع الطلاق – التى تكون حبيسة نفس المطلق – ولم يتلفظ بها – بألفاظ تدل على الطلاق ، هذه النية لا يقع بها طلاق . وسند هذا القول أن الطلاق لا يقع إلا بلفظ ، فإذا نواه المطلق بقلبه من غير لفظ لم يقع طلاقه .

وقال صلى الله عليه وسلم " إن الله تجاوز عن أمتى ما حَدَّثت به أنفسها ما لم تعمل أو تتكلم به " هذا فضلاً عن أن الطلاق تصرف يزيل الملك ، وهذا التصرف لا يحدث بالنية المجردة . قال ابن قدامه فى المغنى " إن الطلاق لا يقع إلا بلفظ ، فلو نواه بقلبه من غير لفظ لم يقع فى قول عامة أهل العلم ، والشافعية يقولون " إن نوى الطلاق من غير لفظ صريح ولا كناية لم يقع الطلاق " وكذلك عند المالكية لا يقع الطلاق بمجرد النية . وعبر ابن حزم الظاهرى عن ذلك فيقول " من طلق فى نفسه لم يلزمه الطلاق "

القول الثانى : يرى أن الطلاق يقع بالنية من غير توقف على التلفظ به . مؤدى هذا القول أن الزوج إذا عزم على طلاق زوجته ، طلقت منه . يستدل هذا القول بقوله تعالى " وإن تبدوا ما فى أنفسكم أو تخفوه يحاسبكم به الله " وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم " إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى " . هذا فضلاً عن أن المصر على المعصية . فاسق وإن لم يفعلها . والذى نميل إليه هو رأى القائلين بعدم وقوع الطلاق بالنية المجردة – النية التى لا يخرج التعبير عنها ، وإن أنتجت هذه النية أثر فى حق من نواها ، إلا أن أثرها لا يمتد إلى غيره – أى إلى الزوجة – وهذه لا تؤاخذ بآثار الطلاق إلا إذا ظهر بلفظه الدال عليه . هذا بالإضافة إلى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال " إن الله تجاوز عن أمتى ما حدثت به أنفسها ما لم تعمل أو تتكلم " ولذلك يقول المالكية ومن أركانه – الطلاق – القصد – أى قصد التلفظ بالطلاق أو الكناية مع معرفة معنى ذلك ، لا أن لم يقصد – بل هذى كمرض ، أو لقن بلا فهم " [1] والأحناف يقولون ركن

[1]) البهجة فى شرح التحفة جزء ١ ص ٦٦١ .

الطلاق هو اللفظ الذى جعل دلالة على معنى الطلاق والشافعية يقولون اللفظ الصريح فى الطلاق وهو ما لا يحتمل ظاهره غير حل عصمه النكاح به الفرقة من غير نية .

الطلاق كما يقول القرافى " نية وفعل "

***

ونتناول الطلاق الصادر من بعض الأشخاص الذين يثور شك فى نيتهم عند صدور لفظ الطلاق .

أولاً : طلاق الهازل

إذا كنا بصدد قصد الطلاق ، وأن هذا القصد هو نية المطلق ، فما هو حكم الطلاق الذى يصدر من الهزل – أى من يتلفظ بلفظ الطلاق وهو لا يريده ، ولا يقصده ، ثار خلاف حول هذه المسألة عند الفقهاء ، هل يلزم طلاق هذا الهازل أم لا يلزم .

١) قال رأى بأن طلاق الهازل يقع ، ويلزمه ، لأن الجدية فى إيقاع الطلاق ليست شرطاً ، يقول الكاسانى – من الأحناف – كونه (أى الزوج) جاداً ليس بشرط ، فيقع طلاق الهازل بالطلاق واللاعب به . والهازل يكون قاصداً التكلم بالطلاق ولكن للعبث لا لعين الطلاق لأن الهازل يستخف بالدين ، والاستخفاف بالدين كفر ، وأن صريح الطلاق لا يحتاج إلى نيه ، بل يقع من غير قصد سواء المزاح أو الجد . ورسول الإسلام يقول " ثلاث جدهن جد وهزلهن جد : النكاح والطلاق والرجعة . وفى ذلك دلالة على أن طلاق الهازل يقع .

وقال الشافعية يصح الطلاق من السفيه والمريض ولو كان هازلاً . وقالوا " ولزم ولو هازلاً " وابن عرفه يقول " وهزل إيقاع الطلاق لازم اتفاقاً "

هذا ويلاحظ أن الهازل مكلف ، له مباشرة الأسباب ، والشارع هو الذى رتب مسبباتها وأن عدم وقوع طلاق الهازل فيه تعطيل للأحكام بهزل الهازل .

٢) قال رأى بعدم وقوع طلاق الهازل لأنه لا قصد عنده إلى وقوع الطلاق ، والله تعالى يقول " وإن عزموا الطلاق " والهازل لا عزم منه .

ومما لا شك أن القول بوقوع طلاق الهازل هو الرأى الصحيح ، ذلك أن أحكام الشرع لا هزل فيها ، خاصة إذا كانت هذه الأحكام يترتب عليها الحل والحرمة " وأن القول بعدم إيقاع طلاق الهازل يفتح الباب أمام كل هازل ليعطل أحكام الله تعالى التى شرعها لعباده .

ثانياً : طلاق الغضبان

إذا كان من شروط المطلق أن يكون قاصداً الطلاق ، فهل للغضبان قصد ، ومن ثم يقع طلاقه .

روى عن السيدة عائشة رضى الله عنها أنها قالت " سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول " لا طلاق ولا إعتاق فى إغلاق " والغضب نوع من الإغلاق .

الغضبان ليس بالهازل ، وإنما هو رجل أثرت عليه الظروف ، فأغلقت عليه قلبه ، فأصبح لا يقصد ما يقول ، أو لا يعلم به ، ولذلك فرق الفقهاء فى شأنه ، فقالوا : إن كان غضبه قد أزال عقله حتى أصبح لا يشعر ما يقول به ، أو كان لا يتصور ما يقوله ، ويقصده ، فهذا الغضبان لا يقع له طلاق . أما الغضبان الذى يتحكم فى عقله وقصده ، فقد رجح الفقهاء ، عدم وقوع طلاقه . (١)

---

(١) زاد الميعاد لابن القيم جزء ٤ ص٤٢ .

المقرر فى فقه الأحناف أن طلاق الغضبان لا يقع إذا بلغ الغضب به مبلغاً لا يدرى معه ما يقول أو يفعل ، أو وصل به إلى حال الهذيان الذى يغلب عليه فيها الاضطراب فى أقواله وأفعاله ، وذلك لافتقاده الإرادة والإدراك الصحيحين . ومذهب الأحناف هو الواجب التطبيق بالنسبة لطلاق الغضبان ولا يكفى لعدم وقوع طلاق الغضبان أن يكون مبعثه الغضب ، بل يشترط أن تصاحب حالة الغضب المؤثرة ، إيقاع الطلاق ، حتى تنتج أثرها على إرادة المطلق . هذا مع ملاحظة أنه لا يوجد معيار طبى أو غير طبى للمدة التى يستغرقها الغضب ، تبعاً لتفاوت مداه ، ومدى التأثير به بالنسبة لكل حالة .

تقدير الأدلة على قيام حالة "غضب ، ومدى تأثيرها فى قصد المطلق ، هو مما يدخل فى السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع ، وتخضع فى ذلك لرقابة محكمة النقض .

القضاء وطلاق الغضبان

قضت محكمتنا العليا بأن المقرر فى فقه الأحناف أن طلاق الغضبان لا يقع إلا إذا بلغ مبلغاً لا يدرى معه ما يقول أو يفعل ، أو وصل به إلى حالة الهذيان ، الذى يغلب عليه فيها الاضطراب فى أقواله وأفعاله ، وذلك لافتقاده الإرادة والإدراك الصحيحين [1] . وقضى بأن الغضب الذى لا يغير عقل الإنسان ، ولا يجعله كالمجنون ، لا يقع به طلاق بلا شبهة ، ومثله الحكم ، على ما ذهب إليه بعض العلماء • أن يشتد الغضب بحيث يخرج عن طوره لكنه لا يكون كالمجنون الذى لا يعلم ما يقول ، فإن طلاقه لا يقع ، أما الغضب الذى يغير العقل ويجعل صاحبه كالمجنون فإن

---

[1]) نقض ٤٨/٢٨ ق السنة ٣١ ص ٥٠٠ .

الطلاق فيه يعتبر ، ويلزم ، بلا شبهة ، فإذا كان الثابت من أقوال الزوج المطلق ما ينفى الغضب الشديد ، الذى يغلق على صاحبه الإدراك ، ويمنع عنه الوعى والتمييز ، فإن طلاقه يكون واقعاً عليه ، لأن جمهور الفقهاء على أن الغضبان الذى لا يقع طلاقه هو الغضبان الذى بلغ به الغضب حالة فقد معها التمييز ، فلا يدرى ما يقول ، ولا ما فعل ، أى أن الغضب أخرجه عن عادته ، وقد فسّر الإغلاق الوارد بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم " لا طلاق فى إغلاق " أن يغلق على الزوج باب الإرادة والقصد ، ويسد عليه طريق الوعى والإدراك ، فلم يعد يميز بين الرجل والمرأة ، أو كان مكرهاً إكراهاً ملجئاً منع عنه القصد ، ونفى عنه الإدراك [1] .

ثالثاً : طلاق المخطئ

يتساءل الفقهاء عن طلاق المخطئ ، هل هو طلاق واقع ، أم لا ؟

يقول الأحناف بوقوع طلاق المخطئ ، لأنه لا يشترط عندهم أن يكون المطلق عامدا إيقاع الطلاق . فيقول الكاسانى " وكذا كونه عامداً ليس بشرط حتى يقع طلاق المخطئ ، وهو الذى يريد أن يتكلم بغير الطلاق ، فيسبق لسانه بالطلاق ، لأن الفائت بالخطأ ليس إلا القصد ، وأنه ليس بشرط لوقوع الطلاق . ويقول ابن عابدين فى الدر المختار " ويقع طلاق كل زوج بالغ عاقل ولو عبداً أو مكرهاً أو مخطئاً ، بأن أراد أن يتكلم بغير الطلاق فجرى على لسانه الطلاق ، أو التلفظ به غير عالم بمعناه أو غافلاً أو ساهياً ، أو لألفاظ مصحفة ، يقع الطلاق قضاء فقط ، خلاف الهازل

---

[1]) طعن رقم ٩/١٤٧ ق الاتحادية العليا بأبى ظبى جزء ١٩٨٨/١/٥ .

واللاعب فإن طلاقه يقع قضاء وديانة [1] . وجاء بالفتاوى الهندية " لو أراد أن يتكلم بكلام فسبق لسانه بالطلاق ، فالطلاق واقع .

يقول الجمهور بعدم وقوع طلاق المخطئ ، إذ يقول المالكية لا يقع طلاق من سبق لسانه ، بأن قصد أن يتكلم بغير لفظ الطلاق فزل لسانه فتكلم به ، فلا يلزمه شئ مطلقاً إن ثبت سبق لسانه ، وإن لم يثبت ثبت فـــى الفتـــوى دون القضاء [2] ، وعلى هذا ذهب الشافعية والحنابلة ، وسندهم قـــول الله عز وجل " وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ، ولكن ما تعمدت قلـــوبكم " والرسول صلى الله عليه وسلم يقول " تجاوز الله لأمتى عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه .

رابعاً : طلاق الأخرس

الأخرس شخص لا يتكلم كلاماً مفهوماً ، وإنما يخاطب الناس بإشـــارته ، فإذا كانت إشارته مفهومة ويمكن أن يعرف بها طلاقه ، وقع هذا الطـــلاق استحساناً عند الأحناف ، أما فى القياس فلا يقع طلاقه بإشارته ، إذ لا يبين من إشارته حروف منظومة ، ويبقى مجرد قصده إيقاع الطلاق وبالقصـــد وحده لا يقع الطلاق . أما جواز وقوع طلاق الأخرس استحساناً فأساسه أن إشارته كعبارة الناطق ، ولما كانت الضرورة تقضى بأن الأخرس محتاج إلى ما يحتاج إليه الناطق – فإذا لم تجعل إشارته كعبارة الناطق لأدى إلى أن يموت الأخرس جوعاً ، وهذه الضرورة لا تتأتى فى حق الناطق الذى يستطيع أن يعبر عما يريد ، فكذلك الأخرس يعبر عما يريد بالإشارة متى كانت الإشارة معروفة ، ومعبرة عما يريد .

---

[1]) البدائع جزء ٢ ص١٠٠ ورد المحتار جزء ٣ ص٢٤١ .

[2]) الشرح الكبير للدردير جزء ٢ ص ٣٦٦ .

إذا كان الأخرس ممن يكبتون ، وطلق امرأته بالكتابة ، وقع طلاقه ، لأنه وإن كان عاجزاً عن الكلام ، إلا أنه قادر على التعبير بالكتابة . والأصل أن البيان بالكتابة بمنزلة البيان باللسان . هذا بالإضافة إلى أن الكتابة حروف منظومة تدل على معنى مفهوم كالكلام ، ورسول الله صلى الله عليه وسلم أُمِر أن يبلغ الرسالة ، وقد بلغ تارة باللسان وتارة بالكتابة . وقد نصت المادة ٢١٩ من كتاب الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية على أن " يقع طلاق الأخرس بإشارته المعهودة الدالة على قصده "

خامساً : طلاق المريض مرض الموت

إن صحة الزوج ليست بشرط حتى يقع طلاق المريض ، لأن المرض لا ينافي أهلية الطلاق [1] ، وعلى هذا الأساس إذا طلق المريض مرض الموت زوجته ، فإن طلاقه يقع ، كما يقع طلاق الزوج الصحيح ، ما دام المرض لم يؤثر على عقله ويجعله ملحقاً بالمجنون ، ويترتب على طلاق المريض جميع الآثار التى تترتب على طلاق الصحيح . طلاق المريض رغم صحته وترتب آثاره ، إلا أن الفقهاء اعتبروه فاراً من ميراث زوجته التى طلقها بغير رضاها ، فأبانها ، ثم مات فى عدتها منه . ولذلك قرر الفقهاء ميراث زوجة هذا المريض وأطلقوا على طلاقه " طلاق الفار " ومثل هذا إذا كانت الزوجة مريضة مرض الموت وارتدت عن الإسلام ، ثم ماتت فى العدة ورثها زوجها .

ويستدل الأحناف لميراث الزوجة التى أبانها زوجها وهو فى مرض الموت إذا مات وهى فى عدتها منه إلى ما يأتى :

---

[1]) البدائع للكسانى جزء ٣ ص١٠٠ .

١) جاء عروة البارقى إلى شريح من عند عمر رضى الله عنهم بخمس خصال منهن " إذا طلق المريض امرأته ثلاث ورثته إذا مات وهى فى العدة .

٢) طلق عبد الرحمن بن عوف امرأته تماضر آخر الطلقات الثلاث فى مرضه فورثها عثمان بن عفان رضى الله عنه ، وقال ما اتهمته ولكنى أردت السنة .

٣) روى عن عائشة رضى الله عنها أن امرأة الفار ترث ما دامت فى العدة .

٤) قال ابن سيرين – كانوا – أى الصحابة – يقولون " من فرَّ من كتاب الله رد إليه ، يعنى هذا الحكم وهو توريث المطلقة طلاق الفار .

ويقول الأحناف أيضاً إنه بمرض الموت تعلق حق الورثة بمال المورث ولهذا يمنع من التبرع بما زاد عن الثلث . هذا بالإضافة إلى استحقاقه الميراث بالسبب والمحل ، فإذا كان تصرفه فى المحل يُجْعَلَ كالمضاف إلى ما بعد الموت حكما ، إبقاء لحق الوارث ، فتصرفه بالسبب بالرفع – أى بإنهائه والسبب فى الزوجة وهو النكاح – يجعل هذا الرفع مضافا إلى ما بعد الموت حكماً ، بل أولى ، لأن الحكم يضاف إلى السبب دون المحل ، وإذا صار رفع النكاح كالمضاف ، كان النكاح بينهما قائماً عند الموت حكماً فترث إذا مات فى عدتها .

هناك رأى قال به ابن أبى ليلى وهو أن المطلقة طلاق الفار لا تنقضى عدتها فى حق الميراث حتى أن لها أن ترث ما لم تتزوج ، فإذا تزوجت فهى التى رضيت بسقوط حقها فى الميراث كما لو سألته الطلاق فى الابتداء .

قال مالك إذا مات المطلق فى مرض الموت بعدما ما تزوجت مطلقته بزوج آخر فلها الميراث منه ، لأن سبب الإرث انتهاء النكاح بالموت ، ولم يوجد لارتفاعه بالتطليقات ، والحكم لا يثبت بدون السبب . وقد رد الأحناف على ذلك بقولهم أن هذا بعيد لأن المرأة الواحدة لا ترث من زوجين بحكم النكاح ، وهذا يؤدى إلى أثم ، فضلاً عن أنه بانقضاء العدة يسقط حقها بعوض إذ تقدر على أن تتزوج بآخر ، فتستحق ميراثه .

وقال الشافعى إن مات بعد انقضاء عدتها ترث منه ما لم تتزوج آخر .

ما هو الحكم إذا طلق المريض مرض الموت امرأته طلاقاً رجعياً . إذا مات بعد انقضاء عدتها فلا ميراث لها منه وسبب ذلك هو انعدام سبب الميراث عند موت الزوج المطلق حقيقة وحكما . وإذا مات أحدهما قبل العدة ورثه الآخر لانتهاء النكاح بينهما بالموت .

ما هو الحكم إذا طلق الرجل امرأته طلقه بائنه فى مرض الموت ثم صح من هذا المرض ، ثم مات من غير ذلك المريض ؟

يقول الأحناف بأن هذه المرأة لا ميراث لها لأن حقها يتعلق بمال المطلق بمرض الموت وهو المريض الذى يتصل به الموت ، ولم يوجد ذلك المرض ، لأن كل مرض يعقبه برء فهو بمنزلة حالة الصحة ، فكأنه وهو صحيح ثم مرض ومات .

وقال زفر هذه المطلقة ترث ، لأن المطلق صار متهماً بالفرار من ارثها حين طلقها فى مرضه ، ولأن حقها فى الميراث ، كان متعلقاً بماله عند الطلاق وعند الموت ، فلا يعتبر ما يحلل بينهما ، فكأنه لم يصح حتى مات فى مرضه .

وإذا كانت المرأة هى التى ماتت فى الحالات السابقة لم يرثها الزوج المطلق ، وسبب ذلك أنه رفع سبب الإرث – وهو الزوجية – باختياره ، ولم يكن له حق فى مال الزوجة فى حال قيام الزوجية ليبقى ببقاء العدة .

ما هو الحكم إذا بانت المرأة بالإيلاء فى مرض الموت .

يقول الأحناف إذا كان الإيلاء منه فى مرض موته ، وبانت الزوجة بسبب هذا الإيلاء ، ومات وهى فى العدة ، فإنها ترثه . أما إذا كان أصل الإيلاء فى صحته ، فلا ميراث إذا مات وهى فى عدته ، وسبب ذلك أن المولى يكون معلقاً طلاقه كأن يقول لزوجته إن مضت أربعة أشهر ولم أقربك فيها فأنت طالق تطليقه بائنة . فإذا كان التعليق فى مرض الموت ومات وهى فى العدة ورثته . وإن كان التعليق فى الصحة فلا ميراث لها .

القضاء وطلاق الفار

قضى بأن المريض مرض الموت إذا طلق زوجته طلاقاً بائناً ثم مات ومطلقته فى عدته ، فإنه يعتبر – متى توافرت الشروط – فاراً من ميراثها ، وتقوم المظنة على انه طلق زوجته طلاقاً بائناً فى مرض الموت قاصداً حرمانها من حقها الذى تعلق بماله ، منذ حلول المرض به ، بمعنى أن الطلاق البائن لا ينبئ بذاته – من غير دليل أخر – عن هذا القصد ، فرد المشرع عليه قصده ، وذلك دون حاجة للبحث عن خبايا نفس المريض ، واستكناه ما يضمره ، فإذا كان المطلق قد طلق امرأته طلقة مكملة للثلاث ، فبانت منه وهو فى مرض موته ، وكان ذلك بغير رضاها ، ثم توفى وهى ما زالت فى عدته ، وظلت أهلاً للميراث من وقت طلاقها إلى وقت

وفاته ، فإن ثبوت ميراثها منه – باعتباره فاراً – يتفق والمنهج الشرعى " [1]

خلاصة ما تقدم – يشترط لميراث المطلقة فى مرض الموت ما يأتى .

١) أن يكون الطلاق بائناً وصدر من المطلق فى مرض الموت .

٢) أن يموت المطلق – فى مرضه هذا – ومطلقته فى عدته .

٣) أن تكون المطلقة أهلاً لميراث مطلقها من وقت طلاقها إلى وقت وفاته

***

طلب الزوجة التطليق على الزوج

قلنا إن آيات القرآن الكريم ، وأحاديث رسول الإسلام عليه أفضل الصلوات وأزكى التسليمات أذنت الزوج وحده ، فى حل رابطة الزوجية ، بشرط أن يكون هناك مبرر شرعى لذلك ، ولم يرد نص يخول الزوجة إنهاء الزوجية من جانبها بإرادتها المنفردة ، غير أن النصوص فتحت الباب لها لكى تطلب التفريق على زوجها إذا قام المبرر الشرعى لذلك ، فالأصل فى الإسلام أنه لا ضرر ولا ضرار والله يقول " وإن يتفرقا يغن الله كلاً من سعته "

وقد وجد فقهاء الإسلام مخرجا للزوجة – التى يضرها زوجها – للخروج من الزوجية ، فجعلوا للقاضى صلاحية التطليق على الزوج فى كل حالة من حالات الضرر الذى يقع منه على زوجته ، وطلبت هى التطليق عليه بسبب هذا الضرر مادياً كان أو معنوياً ، وذلك للأخذ بناصر من يلحقه الأذى والضرر من الزوجات – ما دامت الإساءة آتية من الزوج . ومؤدى هذا أن الشريعة الإسلامية – وهى تنظم علاقة الزوجية – لم تهمل جانب

---

[1]) نقض رقم ١٥/٤٠ ق .

الزوجة ، وحقها فى طلب إنهاء هذه العلاقة التى لا تحقق المقاصد منها ، بأن خرجت عن الود والرحمة والمساكنة التى هى أساس الزواج فى الإسلام ، فجعلت لها الحق فى طلب التطليق أمام القاضى ، وأوجبت عليه أن يجيب طلبها ، ويطلق على الزوج – متى ثبت أمامه أن الضرر وقع من الزوج على زوجته .

والضرر الذى يبيح للزوجة طلب التطليق على زوجها يعرفه فقهاء المالكية بأنه " ما لا يجوز شرعاً " حتى أنهم جعلوا إعطاء الزوج ظهره فى الفراش لزوجته – إذا تضررت منه – ضرراً يبيح لها طلب التطليق " ولذلك تعدد الضرر ، فأصبحت غيبة الزوج ضرراً ، والعيب فيه ضرراً ، والعجز عن الإنفاق ضرراً . واستحكام الخلاف بين الزوجين ضرراً ، وسب أهل الزوجة ضرراً ، وكل فعل يقع من الزوج ولا يليق بمثل الزوجة ضرراً – كل هذه الأسباب وغيرها تجيز للزوجة أن ترفع الأمر إلى القضاء طالبة التطليق على زوجها .

يقول الأستاذ الكبير / عباس محمود العقاد فى كتابه " الفلسفة القرآنية " والقرآن تخول المرأة أن تطلب التطليق إذا كرهت البقاء فى عصمة زوجها – قال تعالى " وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً ، فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً والصلح خير ، وأحضرت الأنفس الشح ، وإن تحسنوا وتتقوا فإن الله كان بما تعملون خبير " فإذا تصالحا على الفراق فذلك خير من البقاء على الشقاق الدائم ، وخير من الفراق على عداوة ونقمة ، وكل ما يطلب من المرأة فى هذه الحالة أن تعفى من النفقة ، وترد إليه ماله ، فليس لها أن تترك الرجل وتمسك ماله ، وتفرض النفقة عليه . وقد جاءت امرأة ثابت بن قيس إلى النبى صلى الله عليه وسلم

وشكت له أنها لا تطيق زوجها ، فسألها النبى " هل تردين إليه مهره ؟ فقبلت أن ترده ، فنصح لثابت أن يطلقها إذا كان لا خير فى استبقائها ، وتم الطلاق على وفاق "

موقف القضاء من طلب الزوجة التطليق على زوجها

١) اعتراف الزوج بأنه موسر يساراً يمكنه من قيامه بالإنفاق على زوجته من فائض كسبه ، أو أن له مالا ، وأنه لا يقوم بالإنفاق عليها ، لما زعمه من نشوزها عن طاعته ، واصر على عدم الإنفاق حتى تعود إلى طاعته . وبما أنه تبين من الحكم الصادر برفض دعوى الطاعة ، وأن الصفة التى من أجلها رفضت دعواه الطاعة فيها قائمة به ، وما دام حكم الرفض باقى الأثر ، وبما أن إصرار الزوجة على إنفاقه عليها مع يساره ، والحالة هذه موجب لطلاقها عليه [١] .

٢) إذا تصادق الزوجان على الإعسار ، وأصر المدعى عليه على عدم الإنفاق ، مع أمره به ، طلق عليه القاضى بدون إمهال ، لأنه إنما يمهل من يرغب فى الإنفاق ويعوقه الإعسار [٢] .

٣) إذا قررت المحكمة الإعذار إلى المدعى عليه بالإنفاق على زوجته (المدعية) النفقة الحاضرة الواجبة لها ، وضربت له أجلاً لذلك ، وتعذر وصول الإعذار إليه ، بعد تكرار إرساله ، كان عليها أن تقضى بالتطليق [٣] .

---

[١]) يذكر الفقهاء هذه القضية من باب الخلع ، ولكننا عرضناه هنا لكى نبين أن الإسلام فتح بابا للمرأة تطلب منه الخروج من زوجية لا تؤدى إلى مقاصد مشروعة غايتها المساكنة . ق ١٩٢٣/٣٠٦٠ مستأنف شرعى مصر .

[٢]) ق ١٩٤٢/١٢٧٧ شرعى جرجا .

[٣]) يلاحظ أن المحاكم اختلفت آراؤها بشأن عدم وصول الإعذار إلى الزوج المدعى عليه إذ ذهب البعض إلى أن الإجراءات التى تمت قبل تعذر الإعذار ملغاة ولا أثر لها ، وبناء على ذلك كلفت المحكمة الزوجة المدعية بإعادة إعلان الإعذار إلى النيابة العامة ، ثم بعد ذلك فرق بينهما وبين زوجها . وذهب فريق أخر إلى التفريق بدون إعذار . ولما كان الرأى الأول غير مجد لأن الإجراءات التى تمت وانتهت بصدور قرار

٤) طلب الزوجة التطليق على زوجها لعدم انفاقه عليها ، يُدفَعُ بتنازلها عن هذه النفقة .

٥) اليسار لا يثبت بمجرد عرض الزوج نفقة شهر بعد امتناعه أشـــهرا ، وبعد خصومة وقضاء ، ودفوع وامتناع ، وثبوت إعسار ، إنما هو بالهزل أشبه منه بالجد ، وإلى الباطل أقرب منه إلى الحق ، وفي هـــذا تعـــريض للقوانين للعبث بما وضعت لدفعه ، وتوجيهها إلى أغراض أبعد ما تكـــون من الغاية من تشريعها ، وواجب القاضي حمايـــة القـــوانين مـــن عبـــث المتقاضين بها ، وهو الذي يقدر ما إذا كان ما يقدمه الزوج – قل أو كثـــر – كافياً لإثبات يساره ، أو غير كاف ، وما إذا كان مستعداً حقيقة للإنفـــاق على زوجته أو غير مستعداً [١] .

٦) دعوى الزوجة التطليق لعدم إنفاق الزوج عليها لا يدفعها سبق الحكـــم بمنعها من المطالبة بها للنشوز عن مدة ماضية ، متى ثبت أن المانع مـــن الطاعة بعده آت من الزوج المدعى عليه [٢] .

٧) إن غاية القانون ١٩٢٩/٢٥ من التطليق للإعسار هـــو عـــدم إرهـــاق الزوجة ، وتركها مقيدة بأغلال لا تستطيع معها الوصول إلى ما تتفق منه ، فيكون ذلك مدعاة للفساد ، ولذلك اشترط القانون المذكور عدم وجود مال ظاهر للزوج ، فإنها إذا وجدت مالا ظاهراً له أمكن التنفيذ عليـــه ، فـــلا

المحكمة بالإعذار ، وأصبحت حقا مكتسبا للمدعية ، فإن تكليفها بعد ذلك بإعادة الإعلان ثانية فيه إرهاق لها ولا يوجد ما يبرره ، وفيه أيضا تضييع لحق اكتسبته ، هذا فضلا عن أن الإعلان في مواجهة النيابة لا يحقق الغرض منه ، لأنه لا يراد به حمل المدعى عليه على الإنفاق في أمر معين ، بحيث إذا لم ينفق طلق عليه ، وهذا ما لا يمكن تحققه بواسطة الإعذار إلى النيابة العامة .
غير أنه يلاحظ أن تكرار الإعذار دون تمام إعلانه لا يجعل المدعى قد أعلن قانونا .

[١]) ق ١٩٣٨/٢١٩ شرعي مستأنف الإسكندرية .

[٢]) ق ١٩٣٣/١٠٤٩ شرعي الفيوم .

يتحقق شرط التطليق للإعسار ، ويدخل فى ذلك ما إذا كان لها كفيل موسر ، وله مال ظاهر ، كفل الزوج فى نفقتها .

٨) تطليق الزوجة إذا وجدت به عيباً مستحكماً لا يمكن البـرء منـه ، أو يمكن بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه إلى بضرر [١] .

٩) الحكمة من الزواج والغرض منه ، هو دوام الآلفة والمحبة والإخلاص بين الزوجين ، فتشهير الزوج بزوجته – مع هذه الحكمة – يتنافر مع ذلك الغرض ، وبما أن التطليق للضرر شرع للأخذ بناصر من يلحقـه الأذى والضرر من الزوجات ، فما دامت الإساءة آتية من الزوج ، والمضـارة التى شرع التطليق بين الزوجين بسببها تختلف باختلاف الـزوجين بيئـة وأخلاقاً وتربية ، فرب زوجة لا يعتبر ضربها من زوجها إضرارا لهـا ، بينما أخرى يكون مجرد هجرها أو جرح عواطفها إضرار بها ، لذلك ترك تقدير الضرر الذى يلحق الزوجة ويترتب عليه التفريـق للقضـاء نظـراً لاختلاف البيئات وتنوع التربية [٢] .

إن تشريع التطليق بيد القاضى شرطه أن تطلب الزوجـة التطليـق ، وأن تثبت سبب طلبها ، وتصر على طلب التطليق . فى هذه الحالة وجب على القاضى إجابة طلبها . وسوف يبين ذلك عند الكلام على " التطليق "

هل يكون الطلاق بيد القاضى وحده

أجمع فقهاء الإسلام فى كل عصر على أن الزوج وحده – لا المـرأة ولا القاضى – هو الذى يملك إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة ، وسندهم فى ذلك الآيات الصريحة الدلالة على ذلك من آيات الذكر الحكيم والتى سبق بيانها ، وكذلك أحاديث رسول الإسلام صلى الله عليه وسلم . ولكن هناك دعـوة

---

[١]) ق ١٥٤٦/١٩٣١ شرعى بور سعيد .
[٢]) ق ١٤١٤/١٩٣٠ شرعى الجمالية .

بأن يكون الطلاق أمام القاضى ، وسلب الزوج حقه فى الطلاق ، بحيث إذا أراد أن يطلق فعليه أن يرفع الدعوى أمام القضاء ، فإذا اقتنعت المحكمة بوجاهة الأسباب التى تدعو إلى الطلاق حكمت له ، وإلا رفضت دعواه .

ونظر لأن الدعوة بجعل الطلاق بيد القاضى وحده ، وسلب الزوج حقه ، أمر فيه مصادرة لنصوص القرآن الكريم القطعية الدلالة ، وفيه منـاداة ومحاولة لإلغائها ، والقياس على تشريعات أجنبية فى هذا الشأن يتعين أن نعرض لبعض ما قاله أصحاب هذا الاتجاه [1] .

١) من القواعد الأصولية المقررة فى الشريعة الإسلامية أنه " لا ضرر ولا ضرار " وأن " الدين يسر لا عسر " والمصالح المرسلة ، وسد الـذرائع ، وقد أستند المشرع الوضعى إلى هذه القواعد على توثيق الزواج ، وعلـى منع زواج الصغار وعلى تحديد أقصى سن الحمل بسنة واحدة ، وقياسـا على هذه السوابق ، وإعمالاً للقواعد الأصولية فى الفقه الإسلامى يمكن أن يصدر تشريع بمنع سماع دعوى الطلاق الذى يوقعه الزوج ، وأن يكـون القاضى هو الذى يطلق على الزوج أو يطلق نيابة عنه .

ويرد على هذا ، بأنه لا يصح الاستشهاد بقواعد الشريعة فى مقابل النص ، وضده بغية هدمه ، لأن المقرر فى علوم الشريعة – التـى أشـار إليهـا المنادون بإلغاء حق الزوج فى إيقاع الطلاق – أن قواعدها لا تسـتخدم إذا كان فى استخدامها مصادمة النصوص قطعية الدلالة ، كما أن القياس على القوانين التى جاءت بقولهم هو قياس مع الفارق لأنه يفتقد أركان القياس ، لأن سلب الرجل حق الطلاق أمر مصادم صـراحة لنصـوص متعـددة صريحة قطعية فى دلالتها ، فلا قياس أمر حق الطلاق على توثيق عقـد

[1]) راجع ما نقلناه عن الدكتور محمد البلتاجى فى كتابه مكانة المرأة فى القرآن الكريم والسنة الصحيحة ص١١٨ .

الزواج الذى لم يرد به نص شرعى يمنع توثيق الزواج الذى يقوم على المصلحة المرسلة .

٢) عقد الزواج من العقود التبادلية يولد التزامات متبادلة ، تبادلها حقوق متبادلة ، فكيف يستقل أحد العاقدين بفسخه بإرادته المنفردة ؟ إن ذلك أمر شاذ عن القاعدة المتبعة فى عدم فسخ العقود التبادلية بإرادة أحد المتعاقدين المنفردة ، فيجب أن يعهد بذلك إلى طرف منصف وهو القاضى .

ويرد على ذلك بأن عقد الزواج ليس عقداً بشراء امرأة ، ولا هو عقد التمتع بها ، وإنما هو عقد له خصوصية انفرد بها ، ولذلك شرعه الله ووضع أحكامه ومنها الإذن للزواج بالحق أصلاً فى إيقاع الطلاق بمبرره . والعقود تأخذ مشروعيتها ونظامها ممن شرعها حسب شرعه حتى تكون بمنأى من هوى العابثين ، وانحراف المنحرفين .

٣) ليس فى جعل الطلاق بيد القاضى حكم على الرجال جميعاً بأنهم سفهاء لا يحسنون التصرف ، بل حماية للأسرة من إساءة الرجال استعمال حق الطلاق استناداً إلى قاعدة لا ضرر ولا ضرار .

ويرد على هذه الحجة الواهية بأن أصحابها ليسوا على علم أو دراية بأحوال الأسرة من الله الذى شرع الزواج وشرع إنهاء بتقرير حق الزوج وحده فى إنهائه . هذا فضلاً عن أن إساءة الرجل لزوجته لا يدفعها حكم القاضى برفض طلاقه ، وإنما يدفعها أمر آخر يتعين أن يبصر به الزوجان معاً ، بعيداً عن مخالفة شرع الله .

٤) القاضى سيحقق أسباب نفور الزوج أو كراهيته التى دعته إلى طلب الطلاق ، ويعمل على الصلح والتوفيق ، ويستعين فى ذلك بالحكمين والأخصائيين الاجتماعيين والنفسيين ، فإن تيقن من استحكام النفور طلق .

أما إذاعة الأسرار الزوجية فهذا أمر واقع الآن فى القضايا التـــى ترفعهـــا الزوجات للتفريق .

ويرد على هذا الوجه بأن القائلين استباحوا إذاعة أسرار الزوجية ، وليس عندهم غضاضة فى أن تستباح المرأة فى شخصها أمام القاضى . وفـــاتهم أن تحقيق القاضى لأسباب النفور والكراهية إن إيجاباً أو ســـلباً لا يجبـــر رجلاً ما على حسن معاشرة زوجة وحبها ، وإعطائها حقوقها إذا لم يقتنع القاضى بمبررات الزوج فى طلب الطلاق ، فحكم بوجوب دوام العشـــرة بينهما ، وهل يستطيع تحقيق القاضى وحكمه برفض طلاق الزوج أن يمنع الأخير من اتخاذ العشيقة أو مضارة الزوجة .

ويرد اعتراض هو : ما هو الحكم الشرعى إذا رفـــض القاضـــى طـــلاق الزوج – بعد أن صرح به – هل هو طلاق واقع أم لا ؟ إن الذين يدينون بالقرآن وسنة رسول الإسلام يقولون بالوقوع ولكن الذين لا يدينون يقولون لا – إلا إذا أوقع القاضى الطلاق ، وليس فى هذا غرابة فى اتجاههم ، إذ أباحوا أن يعرض الزوج على القاضى أسراراً طلق بسببها ، ورأوا أن هذا لا يعيب المرأة . إن قضاءنا الشرعى احتراماً منه للمرأة الماثلة أمامه قـــرر أن تقديم الزوج بعض خطابات خاصة بما بينه وبين زوجته فى الـــدعوى وسيطلع عليها غير واحد يعتبر أشد إيذاء إذ فيه إفشاء السر الخاص الـــذى بين الزوجين ، ولا يكون هذا إلا من يكون بغضه لزوجته قد أخذ منه كل مأخذ وأصبح لا يبالى بعلاقة الزوجية المقدسة . فهل يصح بعـــد ذلـــك أن نطلب الطلاق أمام القاضى وشرح أسبابه للخاص والعام . نعتقـــد أنـــه لا يقول بهذا إلا من يريد الضرر بالمرأة المسلمة .

٥) يقدم أصحاب الراى حجة أخرى هى – أن استبداد الرجل بأمر الطلاق إنما كان مقبولاً فى عصر كانت فيه المرأة محجبة جاهلة تعيش فى الحريم ، أما الآن فالأمر يختلف ، حيث تعلمت المرأة وتساوت بالرجل مساواة تكاد تكون تامة ، وشغلت أرفع المناصب ، فليس من المقبول والحال كذلك أن يستبد الرجل وحده بالطلاق وينفرد به .

إن أصحاب هذه الحجة جهلوا تماماً أو تجاهلوا أموراً لا تخفى على أحد هى :

١) أن جاهلية المرأة كانت قبل الإسلام ، ولم يرضاها الإسلام ، وتاريخ هذا الدين يفيد أنه وقف للقضاء هذه الجاهلية .

٢) إن تعليم المرأة واجب من واجبات الدين ، وعليها أن تطلبه ، ولذلك قالت النساء لرسول الله صلى الله عليه وسلم " غلبنا عليك الرجال فاجعل لنا يوماً من نفسك ، فوعدهن يوما لقيهن فيه ، فوعظهن وأمرهن ... " وابن حزم الظاهرى يقول " وفرض على كل امرأة التفقه فى كل ما يخصها كما أن ذلك فرض على الرجال ، ففرض على ذات المال منهن معرفة أحكام الزكاة ، وفرض عليهن كلهن معرفة أحكام الطهارة والصلاة والصوم ، وما يحل وما يحرم من المآكل والمشارب والملابس وغير ذلك كالرجال ولا فرق . ولو تفقهت المرأة فى علوم الديانة للزمنا قبول نذارتها ، وقد كان ذلك .

فهؤلاء أزواج النبى قد نقل عنهن أحكام الدين ، وقامت الحجة بنقلهن ، ولا خلاف بين أصحابنا وجميع أهل نحلتنا فى ذلك . وقال أيضاً " إن تفقه المرأة فيما يخصها من أمور الدين واجب عليها " . وقالت السيدة عائشة " نعم النساء نساء الأنصار لم يمنعهن الحياء أن يتفقهن فى الدين " وغير هذا

كثير لا يقع تحت الحصر فى شأن تعليم المرأة بما يمنع القول بأن المرأة كانت فى عصر محجبة جاهلة تعيش فى الحريم بقصد الوصول إلى ما يخالف شرع الله

٣) إن مساواة المرأة بالرجل مساواة تكاد تكون تامة . مصدرها الإسلام وليس مرور الزمن بعد الإسلام ، ولا هو حق لها قبل الإسلام . ونصوص القرآن تبين ذلك فهى تثبت لها الحقوق والواجبات ، فهى فى التكليف متساوية والآية جامعة مانعة ، قال تعالى " إن المسلمين والمسلمات والمؤمنين والمؤمنات والقانتين والقانتات والصادقين والصادقات والصابرين والصابرات والخاشعين والخاشعات والمتصدقين والمتصدقات والصائمين والصائمات والحافظين فروجهم والحافظات ، والذاكرين الله كثيراً والذاكرات ، أعد الله لهم مغفرة وأجراً عظيما " مساواة مطلقة كان من أثرها أن " السارق والسارقة فاقطعوا أيدهما " " والزانى والزانية فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة " . " قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم ويحفظوا فروجهم ... وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن ويحفظن فروجهن " . " وما كان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله ورسوله أمراً أن يكون لهم الخيرة من أمرهم " وغير هذه الآيات كثير تدل على المساواة التى يقول بها الرأى المعارض .

٤) إن تعليم المرأة ومساواتها بالرجل ، وشغلها أرفع المناصب لا يمنع أنها زوجة نظم الإسلام أحكام عقد زواجها .

٥) إن أصحاب الرأى المنادى بتعطيل حكم الإسلام بجعل الطلاق بيد القاضى يستندون إلى أحكام الإسلام إن أرادوا ، ويطرحون أحكام القرآن متى أرادوا ، وهذا هو فعل الهوى واتباعه ، بقصد العدول عما شرعه الله

، واتباع ما هو قائم على الهوى ، والله عز وجل يقول إلى يوم القيامة " ولا تتبعوا أهواء الذين كذبوا بآياتنا ... " [١] ويقول " ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها ولا تتبع أهواء الذين لا يعلمون " [٢] ويقول " ... ولا تتبعوا أهواء قوم ضلوا من قبلكم وأضلوا كثير ، وضلوا عن سواء السبيل " [٣] ويقول " ... ولا تتبع أهوائهم بعد ما جاءك من الحق " ويقول " ولئن أتبعت أهواءهم بعد ما جاءك من العلم ، ما لك من الله من ولى ولا واق " [٤] . ويقول الله لرسوله " فإن لم يستجيبوا لك فاعلم إنما يتبعون أهواءهم " [٥] .

إن اتباع الهوى أمام شرع الله ضلال ، والقول بأن شرع الله وأحكامه أصبح متخلفاً عن أن يفى بمتطلبات الحضارة أشد ضلالاً ، لأنه قول يتناول عقيدة المسلم ، ويصرفه إلى أفكار واردة ليست من الدين فى شئ ، ولا هى مؤدية إلى صلاح الأسرة فى بلادها ، فكيف نتمسك بها فى بلاد حدد الدين لها معالم صلاحها واستمرارها ، وجعل الوفاق بين الزوجين نوع من عبادة الله ، والفرقة بينهما نوع من عبادته أيضاً " إن يتفرقا يغن الله كلا من سعته "

قال تعالى للذين آمنوا " يا أيها الذين أمنوا اتقوا الله وقولوا قولاً سديدا . يصلح لكم أعمالكم ويغفر لكم ذنوبكم ، ومن يطع الله ورسوله ، فقد فاز فوزاً عظيماً . [٦]

---

[١] سورة الأنعام ـ ٦ .
[٢] سورة الجاثية ـ ١٨ .
[٣] سورة المائدة ـ ٧٧ .
[٤] سورة الرعد ـ ١٣ .
[٥] سورة القصص ـ ٢٨ .
[٦] سورة الأحزاب ـ ٧٠ ، ٧١ .

تمليك الزوج زوجته أمرها بيدها

التمليك – فى هذه الحالة – قصد به أن يملك الرجل المرأة أمر نفسها ، كان يقول لها : جعلت أمرك – أو طلاقك – بيدك وليس له أن يعزلها عنه ، ولها أن تفعن ما جعل بيدها من طلقة واحدة أو أكثر . قال مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يقول " إذا ملك الرجل امرأته أمرها ، فالقضاء ما قضت به ، إلا أن ينكر عليها ، ويقول : لم أرد إلا واحدة ، فيحلف على ذلك ، ويكون أملك بها ، ما كانت فى عدتها – فالإمام مالك وأصحابه قالوا أن للرجل قالوا أن للرجل أن يناكر امرأته ويحلف ، إلا أنه نكل عن اليمين لزمه ما طلقت به نفسها .

قال الأحناف فى شأن الزوج يقول لزوجته " أمرك بيدك " إن هذا القول لازم من جانب الزوج حتى أنه لا يملك الرجوع عنه ، كما لا يملك نهى الزوجة عما جعل إليها ، ولا يملك فسخ ذلك . وسبب ذلك أنه ملكها الطلاق ، ومن ملك غيره شيئاً فقد زالت ولايته من الملك ، فلا يملك إبطاله بالرجوع والنهى والفسخ . هذا فضلاً عن أن الطلاق بعد وجوده لا يحتمل الرجوع والفسخ ، وكذلك بعد إيجابه . كما أن هذا النوع من التمليك فيه معنى التعليق فلا يحتمل الرجوع عنه .

وخلاصة ما تقدم أن الأمر يصير بيد الزوجة فى الطلاق لأن الزوج جعل الأمر بيدها فى الطلاق وهو من أهل الجعل بشرط أن تكون نيته الطلاق لأن الأمر باليد من كنايات الطلاق التى تحتاج إلى النية . وإن تعُلم يجعل الأمر بيدها .

وقال رأى أن الزوج إذا قال لزوجته " أمرك بيدك " لا يكون لها أن تطلق نفسها إلا مرة واحدة على كل حال ، وهو أملك بها ما دامت فى عدته

وسند هذا الرأى ما رواه الثورى عن منصور عن إبراهيم عن علقمه عن ابن مسعود أنه جاءه رجل فقال وكان بينى وبين امرأتى بعض ما يكون بين الناس ، فقالت لو أن الذى بيدك من أمرى بيدى لعلمت كيف أصنع . فقال : فإن الذى بيدى من أمرك بيدك ، قالت : فأنت طالق ثلاثاً " قال : أرادها واحدة ، أنت أحق بها ما دامت فى عدتها ، وسألقى أمير المؤمنين عمر ، ثم لقيه فقص عليه القصة فقال عمر : فعل الله بالرجال ، وفعل ، يعمدون إلى ما جعل الله فى أيديهم فيجعلونه فى أيدى النساء ، بغيها التراب ، ماذا فعلت قلت : قال : قلت أراها واحدة ، وهو أحق بها . قال عمر : وأنا أرى ذلك ولو رأيت غير ذلك ، لرأيت أنك لم تصب .

وقال رأى إنه لا يكون بيد المرأة طلاق ، وليس قولها لزوجها ، قد طلقت نفسى منك بشئ ، كما لو قالت له أنت منى طالق ، لم يكن شيئاً ، وسند هذا الرأى ما أخبر به أبو الزبير أن مجاهداً أخبره أن رجلاً جاء ابن عباس فقال : ملكت امرأتى أمرها ، فطلقتنى ثلاثا ، قال ابن عباس " خطأ الله بوءها – النوء المطر – إنما الطلاق لك عليها ، وليس لها عليك " وقال ابن جُرَيجُ وأخبرنى ابن طاووس عن أبيه ، وقلت له : كيف كان أبوك يقول فى رجل ملَّكَ امرأته أمرها ، أتملك أن تطلق نفسها ؟ فقال كان يقول " يقول ليس إلى النساء طلاق " .

ونحن نميل إلى هذا الرأى ، لأن الطلاق من جعل الله فى إنهاء الزوجية ، وهذا خطاب من الله موجه للرجال بقيوده بمعنى أن الله اسند الأمر فيه للرجل وليس للمرأة ، فإذا تخلى الرجل عن هذا التكليف من الله له ، فإنه يكون قد خرج عما شرعه الله واختصه به .

كيف يكون الطلاق الواقع من المرأة التى جعل الزوج أمرها بيدها ؟

يرى الأحناف أن كل ما يصلح من الألفاظ طلاقاً من الزوج ، يصلح جواباً من المرأة – إلا فى لفظ الإختيار خاصة – أى اختارى نفسك – فإنــه لا يصلح طلاقاً من الزوج ويصلح جواباً من المرأة فى الجملة ، لأن التفويض من الزوج تمليك الطلاق منها فيما يملكه بنفسه يملك تمليكه من غير . فإذا قالت المرأة طلقت نفسى أو أبنت أو حرمت نفسى يكون ذلك جواباً منها ، وسبب ذلك أن الزوج لو أتى بهذه الألفاظ كان طلاقاً . وكذلك الحــال إذا قالت أنا منك بائن ، أو بائن أو أنت علىَّ حرام ، وسبب ذلك أن الزوج إذا قالت لها ذلك كان طلاقاً . وكذلك إذا قالت أنا بائن – ولم تقل منك أو قالت انا حرام ولان تقل عليك فهو جواب منها لأن الزوج إذا قــال لهــا هــذه الألفاظ كان طلاقاً .

أما إذا قالت أنت منى طالق لم يكن جواباً لأن الزوج لو قال لها أنا منــك طالق لم يكن طلاقاً عند الأحناف خلافاً للشافعى الواقع بالألفاظ السابقة التى تصلح يقع طلقة واحدة بائنة عند الأحناف إذا كان التفويض مطلقــاً عــن قرينة الطلاق ، بأن قال الزوج أمرك بيدك ولم ينو الطلاق الثلاث . وسبب وقوع الطلاق هنا واحدة فلأنه ليس فى التفويض ما ينبئ عن العدد ، وأما كون الطلقة بائنة ، فلأن هذه الألفاظ جــواب الكنايــة ، والكنايــات عنــد الأحناف مبينات .

إذا قالت المرأة جواباً على زوجها الذى جعل أمرها بيدها " أنت طالق لــم يقع طلاق . وكذلك إذا قالت " أنت الطلاق " فقد قال ابن عباس خطــأ الله نوءها ألا قالت " أنا طالق أنا طالق "

ذهب جماعة من الفقهاء على أنها إذا قالت لزوجها أنت طالق أو أنا منــك طالق – فإن ذلك بمعنى واحد ، وأنه يقع به الطلاق .

ما هو الحكم إذا قال الزوج لزوجته اختارى نفسك ؟

يقــول الأحناف إن هذا يتساوى مع موله " أمرك بيدك " ولا يختلفـــان إلا فى :

١) أن الزوج إذا نوى الثلاث فى قوله " أمرك بيدك " تصح النية " وفى قوله اختارى لا تصح نية الثلاث .

٢) لابد فى قول الزوج اختارى – من ذكر النفس أو الطلاق – فى أحد الكلامين – أنا فى تفويض الزوج وديا فى جواب المرأة . فلابد أن يقول "اختارى نفسك " فتقول اخترت . أما إذا قال لها " اختارى " فلابد أن تقول " اخترت نفسى " أو يذكر الطلاق فى كلام الزوج أو فى كلام الزوجة .

سبب اشتراط ذكر النفس أو الطلاق فى التفويض بلفظ " اختارى " أن هذا اللفظ لا يملك الزوج إيقاع الطلاق به ، ومن ثم لا يملك تفويض الطلاق به إلى غيره .

وصف الطلاق الواقع بلفظ التخيير

قال الأحناف إن كان التخيير واحدا – ولم يذكر الثلاث ، فلا يقع إلا طلقة واحدة وإن الثلاث فى التخيير يكون طلاقاً بائناً إن كان التخيير مطلقاً عن قرينة الطلاق .

وعند الشافعية إن الزوج إذا أراد بالتخيير وقع طلقه رجعية وهذا أيضاً مذهبه فى الأمر باليد .

الطلاق بالمشيئة

مثال ذلك أن يقول الزوج لزوجته " أنت طالق إن شــئت " هــذا القــول يتساوى مع قوله " اختارى لأن كل واحد منهما تمليك الطــلاث - إلا أن الطلاق فى قوله أنت طالق إن شئت يقع رجعياً إما فــى تمليــك الطــلاق فيكون بائناً .

أقسام الطلاق

ينقسم الطلاق عدة أقسام ، من حيث صفته ، ومن حيث وقت وقوعه ، ومن حيث إمكان الرجعة فيه . وسوف نتناول هذه الأقسام في المباحث الثلاثة الآتية :

المبحث الأول

أقسام الطلاق من حيث صفته

الزواج فى الإسلام ميثاق غليظ بين الرجل والمرأة ، ويدل على الأبدية فيه ، فهو يقوم على المخالطة والترابط بين الزوج وزوجته ، ففيه السكن الذى تستريح فيه النفوس إلى النفوس ، وفيه المودة والرحمة ، ولذلك يقول فيه المولى عز وجل " وأخذن منكم ميثاقا غليظا " [1] يلاحظ أن المرأة هي التى أخذت الميثاق الغليظ ، الذى قال فيه البعض إنه الإمساك بالمعروف والتسريح بالإحسان . وقال آخر الميثاق الغليظ هو كلمة النكاح التى يفسرها قول رسول الإسلام " اتقوا الله فى النساء ، فإنكم أخذتموهن بأمانة الله ، واستحللتم فروجهن بكلمة الله "

وقيل الميثاق الغليظ هو الصحبة والعشرة ، ووصف بالغلظة لقوته وعظمته ، ولذلك قيل صحبة عشرين يوماً قَرَابةٌ ، فكيف بما يجرى بين الزوجين من الاتحاد والامتزاج "

فالزواج الأصل فيه أنه عقد على التأبيد ، والتوقيت فيه يبطله .

أما الطلاق فهو إنهاء للزوجية ، وفيه انفصال بين زوجين جمعهما ودٌّ ورحمة ، وسكن ، وإقرار الشارع لهما بذلك ، وجَعَلَهُ حلاً لهما بعد تحريم غليظ . فإذا تنافرت الأنفس أو نشزت واستحكم الأمر بين الزوجين ،

---

[1]) سورة النساء – ٢١ .

وعجزت مساعى الصلح وجب الفراق ، ولذلك أباح الإسلا الطلاق ، وأباحه على كراهة حتى لا يغشاه أحد إلا لضرورة تضطره إليه ، وفى ذلك يعلن رسول الإسلام – صلى الله عليه وسلم – أن " أبغض الحلال إلى الله عز وجل الطلاق " ويكاد الرسول ينهى عن الطلاق فيقول " تزوجوا ولا تطلقوا فإن الطلاق يهتز له العرش "

والشرع الإسلامى لم يجعل الطلاق بدون أحكام ، حتى يتدخل الناس ليشرعوه ، ويضعوا له الأحكام ، وإنما بينه الله ورسوله ووضع المشرع الحكيم أحكامه ، ولم يفسح المجال لغيره ليتدخل فيه . ولذلك يقول الفقهاء بعد أن راجعوا تشريع الطلاق ، إن الطلاق أما سنة وإن شئت قلت طلاق مسنون – أى بين الرسول أحكامه . وإنما طلاق بدعه ، وإن شئت قلت بدعى – أى مكروه .

النوع الأول : طلاق سنة – أو الطلاق المسنون

طلاق السنة لا يقصد به أن الطلاق سنة ، وإنما يقصد بهذا الاصطلاح ، أنه الطلاق الذى وضعت السنة شروطه ، وفى ذلك يقول ابن قدامه الحنبلى " معنى طلاق السنة ، الطلاق الذى وافق أمر الله تعالى ، وأمر رسوله [١] وهو الطلاق فى طهر لم يصيبها فيه ، ثم يتركها حتى تنقضى عدتها . وبذلك يكون الزوج مصيبا للسنة مطلق للعدة التى أمر الله أن يطلق النساء بها . وقد روى عن على رضى الله عنه أنه قال " لا يطلق أحد للسنة فيندم "

ويقول الدردير فى الشرح الكبير طلاق السنة هو " الطلاق الذى أذنت السنة فى فعله ، وليس المراد أنه سنة " [٢] لأن أبغض الحلال إلى الله

---

[١]) المغنى لابن قدامه جزء ٧ ص٩٨ .
[٢]) الشرح الكبير للدردير جزء ٢ ص٣٦١ .

الطلاق ولو واحدة . ويقول ابن رشد فى مقدماته " أن طلاق السنة التى أمر الله به ، وعلمه عباده هو أن يطلق الرجل امرأته طاهراً من غير جماع طلقة واحدة ، ثم لا يتبعها طلاقاً فيكون أحق برجعتها شاءت أو أبت ما لم تنقض عدتها .

ويقول الماوردى من الشافعية إن طلاق السنة ، هو طلاق المدخول بها فى طهر لم تجامع فيه . وقيل عندهم هو طلاق موطوءة – أو نحوها – تعتد بأقراء تبتديها عقبه ، بشرط أن لا يكون وطئعها فى طهر طلقها فيه ، ، أو علق طلاقه بمضى بعضه ، ولا فى نحو حيض قبله ، ولا فى نحو حيض طلق مع آخره ، أو علق به .

الشافعية بهذا التعريف قيدوا طلاق السنة بقيود أربعة :

١) أن تكون المرأة موطوءة – أو أدخلت ماءه المحترم – احترام الماع هنا قصد به ماء الزوج الذى أحله الله للمرأة .

٢) أن تعتد بالأقراء ، بأن تكون حائلاً ، أو حاملاً من زنا وهى تحيض .

٣) أن تبتديها الأقراء عقبه ، بأن يحصل الطلاق أثناء طهر ، أو آخر حيض .

٤) أن لا يطأ فى طهر طلقها فيه ، أو علق طلاقها بمضى بعضه ولا فى حيض أو نحوه قبله ، ولا فى نحو حيض طلق مع آخره أو علّق بأخره .

والأحناف يقسمون طلاق السنة إلى نوعين : أحدهما نوع يرجع إلى وقت وقوعه ، والثانى : نوع يرجع إلى العدد الذى وقع به . وكلا النوعين قد يكون حسنا أو قد يكون أحسن . ولا يمكن معرفة كل واحد منهما إلا بعد معرفة أصناف النساء : حائلات أو حاملات .

أولاً : المرأة الحائل – أى المرأة غير الحامل . هذه المرأة قد تكون من ذوات الأقراء ، وقد تكون من ذوات الأشهر .

المرأة ذات القرء أحسن الطلاق بالنسبة لها : أن يطلقها زوجها طلقة واحدة رجعية فى طهر لا جماع فيه ولا طلاق ، ولا فى حيضة طلاق ولا جماع ، ويتركها حتى تنقضى عدتها ثلاث حيضات . فقد روى عن صحابة رسول الله أنهم كانوا يستحسنون الا يطلقوا إلا للسنة طلقة واحدة ، ثم لا يطلقوا بعدها حتى تنقضى العدة . وكان ذلك عندهم أحسن من أن يطلق الرجل ثلاثة طلقات فى ثلاثة أطهار ، لما فى ذلك من احتمال الندم من الزوج على ما فعل . والطلاق مرة واحدة فى طهر لا جماع فيه دليل على عدم الندم باعتبار أن الطهر – الذى لا جماع فيه – زمان كمال رغبة الزوج فى زوجته ، والرجل لا يطلق مع هذه الرغبة إلا لشدة حاجته إلى الطلاق ، ومن ثم لا يلحقه ندم .

الأحناف يشترطون لطلاق السنة أن يكون فى طهر لا طلاق فيه ، لأن الجمع بين الطلقات الثلاث أو الطلقتين فى طهر واحد مكروه . واشترطوا أيضاً ألا يكون الطلاق فى حيضة جماع ولا طلاق ، لأن الزوج إذا جامع زوجته فى حيض هذا الطهر احتمل أنه وقع الجماع معلقاً ، فيظهر الحبل ، فيندم الزوج المطلق على صنيعه ، فيظهر أنه طلق لا لحاجة .

طلاق المرأة ذات الأشهر : وهى المرأة التى يئست من المحيض والصغيرة التى لم تحض . هذه المرأة أحسن طلاقها أن تطلق طلقة واحدة رجعية ، وإن كان الطلاق عقب طهر جامعها فيه ، لأن كراهة الطلاق فى الطهر الذى جامع فيه هو بالنسبة للمرأة ذات القرء – أى التى ترى دم الحيض – وليس للتى هى ذات الأشهر ، لأن احتمال حمل ذات القرء قائم

بالجماع فيكون ذلك مبعث الندم بعد الطلاق ، وهذا المعنى غير قائم بالنسبة للمرأة ذات الأشهر ، وإن وجد جماعها ، لأن الإياس دليل على براءة الرحم .

قال زفر إن طلاق الأيسة من المحيض أو الصغيرة التى لم تحض – إذا تم الجماع – يكون بعده بشهر ، لأن الشهر فى حق كل منهما أقيم مقام الحيضة فيمن تحيض ، ثم يفصل فى طلاق السنة بين الوط وبين الطلاق تحيضة ، وكذلك يفصل فيمن لا تحيض بشهر .

ثانياً : المرأة الحامل – إذا استبان حملها ، يكون أحسن طلاقها أن تطلق طلقة واحدة رجعية ، وإن كان قد جامعها الزوج ، وطلقها عقيب هذا الجماع ، لأن الكراهة عقب الجماع فى ذات القرء خوف الندامة من الحمل بعد الجماع لا لإحتمال الحبل ، وفى الحامل هذا الاحتمال غير قائم فهى حامل أصلاً ، وهو عالم به فاحتمال ندمه غير قائم .

هذا بالنسبة لأحسن الطلاق فى السنة ، أما الطلاق الحسن فصورته الآتى :

المرأة ذات القرء – يكون طلاقها ثلاثا فى ثلاثة أطهار لإجماع فيها ، بأن يطلق الرجل واحدة فى طهر لا جماع فيه ، ثم إذا حاضت حيضة أخرى وطهرت – طلقها أخرى . ثم إذا حاضت وطهرت طلقها أخرى . ووجه ذلك أن الله تعالى قال " فطلقوهن لعدتهن " أى ثلاثا فى ثلاثة أطهار كما فسر رسول الله فقد روى أن بن عمر طلق امرأته حالة حيضها ، فسأل عمر عن ذلك فقال الرسول صلى الله عليه وسلم فقال أخطأت السنة ما هكذا أمرك الله ، إن من السنة أن تستقبل الطهر استقبالاً فتطلق لكل قرء تطليقه ، فتلك العدة التى أمر الله تعالى أن يطلق لها النساء فالرسول بين أن الطلاق للعدة بالثلاث فى ثلاثة أطهار .

يقول الإمام مالك : لا أعرف طلاق السنة إلا أن يطلقها واحدة ، ويتركها حتى تنقضى عدتها . لأن الطلاق المسنون هو الطلاق لحاجة ، والحاجة تندفع بالطلقة الواحدة ، فكانت الثانية والثالثة فى الطهر الثانى والثالث تطليقا من غير حاجة ، فيكره .

وابن قدامه يذهب إلى هذا فيقول " وطلاق السنة أن يطلقها طاهراً من غير جماع ، واحدة ثم يدعها حتى تنقضى عدتها .

غير أن الأحناف يستدلون لقولهم بحديث ابن عمر ، وأن قول الله تعالى " فطلقوهن لعدتهن " فيه مقابلة الشارع الطلاق بالعدة ، والطلاق ذو عدد ، والعدة ذات عدد تنقسم أحاد أحدهما على الآخر ، وقد أقام الشارع السبب الظاهر ، وهو الطهر الذى لم يجامع الزوج زوجته فيه مقام الحاجة لعدم موافقة الأخلاق لأنه زمان الرغبة فى الزوجة طبعاً وشرعاً ، ولذلك لا يختار فراقها إلا للحاجة ، ومتى قام السبب الظاهر – وهو الطهر – مقام المعنى الباطن دار الحكم معه وجوداً وعدما . والسبب الظاهر – وهو الطهر – متكرر ، فتتكرر إباحة الطلاق بتكرره ، ويُجْعل ذلك قائم مقام تجدد الحاجة حكما . وإلى هذا أشار ابن مسعود فقال " إذا أراد الرجل أن يطلق امرأته لسنة طلقها تطليقة واحدة وهى طاهرة من غير جماع ، فإذا أراد أن يطلقها ثلاثاً ، طلقها بعد ما تحيض وتطهر ، ثم يدعها حتى تحيض وتطهر ثم يطلقها أخرى ، فكانت قد بانت منه بثلاث تطليقات وتبقى من عدتها حيضة . من أجل ذلك قال فقهاء الأحناف إن إيقاع الثلاث جملة واحدة بدعة .

يلاحظ أن السُنة بينت متى يكون الطلاق سنة ، وهو أن يكون فى طهر لم يجامع زوجته فيه ، ولم تتطلب أن يكون الطلاق ثلاثاً ، وإنما أمـر ذلـك للزوج إذا أراد البينونة .

تقسيم طلاق السنة عند الشافعية

أ) طلاق السنة : هو طلاق المدخول بها فى طهر لم يجامع فيه .

ب) طلاق البدعة : وهو طلاق الحائض لأنها طلقت فى زمن لا يحتسب من عدتها . وطلاق الطاهر التى جومعت فى طهرها وذلك لإشكال أمرها – هل علقت من الزوج، فلا يعتبر الطهر وتعتد بوضع الحمل ، أم لم تعلق منه فتعتد بالطهر .

ج) طلاق ليس فيه سنة ولا بدعه : وهو طلاق الآتى من النساء وهن :

١) الصغيرة واليائسة من المحيض لاعتدادهما بالأشهر وليس بالحيض .

٢) الحامل لأنها تعتد بوضع الحمل الذى لا يؤثر فيه حيض ولا طهر .

٣) غير المدخول بها ، لأنها لا عدة عليها ، فلا يؤثر فى طلاقها حيض ولا طهر .

٤) المختلعة لأن خوفها ألا يقيما حدود الله يقتضى تعجيل الطلاق من غير اعتبار سنة ولا بدعة .

هذا ويلاحظ أم طلاق السنة والطلاق الذى لا سنة فيه ولا بدعة مجمع على وقوعه . أما الطلاق البدعة سواء كان فى حال الحيض أو فى حال الطهر الذى فيه جماع ، فهو محظور عند الشافعية ووقوعه مع تحريمه محل خلاف ، والرأى فيه – عندهم – أنه يقع ، وإن كان محرماً واستدلوا بحديث ابن عمر .

طلاق السنة من حيث الوقت

يكون طلاق السنة من حيث الوقت فى حق المرأة المدخول بها ، بأن يطلقها فى وقت طهرها من الحيض ، وقبل يجامعها فى هذا الطهر ، وذلك عملاً بحديث ابن عمر لما طلق امرأته فى حال حيضها ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ما هكذا أمرك الله يا ابن عمر ، السنة أن ستقبل الطهر استقبالا . ويبين ابن مسعود أن تفسير قول الله عز وجل " فطلقوهن لعدتهن " أى تطلق طاهرة من غير جماع . لأن إباحة إيقاع الطلاق للتفصى من عهدة النكاح عند عدم موافقة الأخلاق ، وذلك لا يظهر بالإيقاع حال الحيض لأنها فى حالة نفرة الطبع عنها ، وكونه ممنوع عنها شرعاً ، فربما حمله ذلك عنى الطلاق ، وكذلك الحال فى الطهر الذى جامعها فيه ، لأنه قد حصل مقصودة منها ، فتقل رغبته فيها ، فلا يكون إيقاع الطلاق دليل عدم موافقة الأخلاق ، فأما فى الطهر الذى لم يجامعها فيه تعظم رغبة الزوج لزوجته فلا يقوم على الطلاق إلا لعدم موافقة الأخلاق .

ومن التعليل الذى قال به الأحناف ، قال زفر إنه يكره إيقاع الطلاق فى حال حيض الزوجة غير المدخول بها ، لأن معنى نفرة الطبع والمنع شرعاً لا تختلف بين كون الزوجة مدخولاً بها أو غير مدخول بها ، هذا فضلاً عن إيقاع الطلاق فى حال الحيض فيه إضرار بالزوجة حيث تطول عليها العدة ، لأن الحيضة التى يقع فيها الطلاق لا تحتسب من عدتها ، وتطول العدة إضرار منهن عنه ، قال تعالى " ولا تمسكوهن ضرارا "

شروط طلاق السنة

١) أن تكون الزوجة مدخولاً بها ، وهى من ذوات الحيض ، فى حـديث ابن عمر طلق زوجته وهى حائض . ولأجل ذلك خرجت الصغير التى لم تحيض واليائسة من المحيض إذ يجوز تطليقها فى أى وقـت . والمالكيـة يشترطون هذا الشرط ولذلك يستبعدون من طلاق السنة المـرأة اليائسـة والصغيرة التى لا تحيض .

٢) أن يكون الطلاق فى طهر لم يمس المطلق زوجته فيه ، قال تعـالى " فطلقوهن لعدتهن " وفسر ابن عباس بالا تطلق المرأة وهى حـائض ، ولا فى طهر جامع فيه . ويؤكد ابن مسعود يقول فى الطهر من غيـر جمـاع حتى يأمن الزوج عدم حملها ، لأنه إذا استبان بعد الطلاق حمل المرأة ندم الزوج المطلق على تسرعه ، وإلى هذا ذهب المالكية بأن قالوا إن المطلق نهى عن أن يطلق فى طهر مس مطلقته فيه ، حتى لا يلبس عليها العدة ، ولاحتمال حملها ، ولذلك أمر المطلق ألا يطلق الا فى موضع تعريف فيه مطلقته عدتها . والشافعية يرون أن الرجل إذا طلق فى طهر جامع مطلقته فيه ندب له مراجعتها كما أُمِرَ ، لأن هذا طلاق بدعة .

٣) ألا يكون المطلق قد طلق الحيض السابق على الطهر الذى لم يمس فيه ، وهذا ظاهر حديث ابن عمر إذ أُمِرَ أن يراجع ثم يمسك حتى تطهر ، ثم تحيض ثم تطهر ، ثم إن شاء أمسك وإن شاء طلق قبل أن يمس .

الطهر الذى يكون فيه طلاق السنة

قال أبو يوسف ومحمد – صاحب أبو حنيفة – إذا طلق الرجل امرأته فـى حال الحيض ثم راجعها ، ثم أراد أن يطلقها ، فلا يكون لـه ذلـك إلا إذا طهرن ثم حاضت ، طلقها إن شاء ، ومؤدى هذا أن الطلاق لا يكون فـى الطهر الثانى ، وليس الطهر الذى يلى الحيضة التى تمت فيها المراجعة .

وسند هذا القول أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قال لعمر – رضى الله عنه – لما طلق ابنه عبد الله امرأته فى حال حيضها ، مر ابنك فليراجعها ، ثم يدعها إلى أن تحيض فتطهر ثم تحيض فتطهر ، ثم ليطلقها إن شاء طاهراً من غير جماع . فالرسول أمره أن يترك الطلاق إلى غاية الطهر الثانى ، فدل ذلك على أن وقت طلاق السنة هو الطهر الثانى دون الأول ، ولأن الحيضة التى طلق فيها غير محسوبة من العدة ، فكان إيقاع الطلاق منها كإيقاع الطلاق فى الطهر الذى يليها . (١)

وهناك قول آخر عند الأحناف بأن الطلاق يكون فى الطهر الذى يلى الحيضة التى تمت فيها المراجعة . ووجه هذا الرأى أن هذا الطهر لا جماع فيه ، ولا طلاق حقيقة ، فكان له أن يطلقها فيه كالطهر الثانى . هذا بالإضافة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قال لعبد الله بن عمر اخطأ السنة ، ما هكذا أمرك الله تعالى ، إن من السنة أن تستقبل الطهر استقبالا ، فتطلق لكل طهر تطليقة ، فالرسول جعل الطلاق فى كل طهر ، طلاقا على وجه السنة ، والطهر الذى يلى الحيضة طهر ، فكان إيقاع الطلاق فيه إيقاعاً على وجه السنة .

٤) أن تكون الطلقة واحدة رجعية . يقول الكاسنى فى بدائعة " وأحسن الطلاق فى ذات الأقراء ، أن يطلقها طلقه واحدة رجعية ، فى طهر لا جماع فيه ولا طلاق ، ولا فى حيضة طلاق ولا جماع ، ويتركها حتى تنقضى عدتها ثلاث حيضات . والأصل فى ذلك ما روى عن إبراهيم النخعى أنه قال " كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يستحسنون

---

(١) البدائع للكاسانى جزء ٣ ص٩١ .

ألا يطلقوا للسنة إلا طلقة واحدة ، ثم لا يطلقوا غير ذلك حتى تنقضى العدة ، وكان ذلك عندهم أحسن من أن يطلق ثلاث طلقات فى ثلاثة أطهار .

المالكية : يقول المالكية إن طلاق السنة له شروط أولها : أن يوقعه فى وقت الطهر لا فى وقت الحيض والنفاس ، وألا يكون قد مسها – أى وطئها – فى هذا الطهر الذى طلقها فيه ، وألا يكون هذا الطهر تال لحيض طلق فيه . وإلى هذا ذهب الشافعية إذ قالوا طلاق السنة هو طلاق المدخول بها فى طهر لم تجامع فيه .

يقول ابن رشد من المالكية – فى مقدماته " طلاق السنة التى أمر الله به ، وعلَّمه عباده ، هو أن يطلق الرجل امرأته طاهراً ، من غير جماع ، طلقة واحدة ، ثم لا يتبعها طلاقاً ، فيكون أحق برجعتها إن شاءت أو أبت ، ما لم تنقضى عدتها ، لقوله تعالى " فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف " وبلوغ الأجل فى هذه الآية ، المقاربة ، لا البلاغ حقيقة بدليل الإجماع على أنها تبين من زوجها بانقضاء عدتها ولا يكون له إليها سبيل .

ولا يجوز عند مالك أن يطلق الرجل عند كل طهر طلقة لأن ذلك من طلاق البدعة ، أى على غير السنة ، لأن الطلقة الثانية أو الثالثة لا عدة لهما ، ولم يبح الله عز وجل الطلاق إلا للعدة ، فقال " فطلقوهن لعدتهن " وقد روى عن ابن مسعود أنه قال : إن طلاق السنة أن يطلق الرجل طلقة فى أول الطهر إلى انقضاء العدة .

ويقول التُسولى من المالكية " إن من شروط طلاق السنة أن يكون طلقة واحدة لا أكثر . (١)

---

(١) البهجة شرح التحفة جزء ١ ص٦٢٩ .

٥) ألا يكون الطلاق باتفاق الزوجين . وسبب ذلك أن اتفاق الزوجين على مال مقابل الطلاق ، أن الزوجة تريد أن تشترى عصمتها ـــ، بمعنى أنهـا تريد فراق الزوج على أى حال هى عليه ، من طهر أو حيض ، ولـذلك تبذل المال – أى عوض العصمة .

٦) أضاف المالكية شرطاً مؤداه أن يوقع الرجل الطلاق على جملة المرأة لا على بعضها ، وقالوا إذا لم يشتمل الطلاق على جميع هذه القيود – بأن فقد بعضها – كان أوقع أكثر من طلقة واحدة ، أو بعض طلقـة ، أو فـى حيض أو نفاس ، أو فى طهر مسها فيه أو أردف أخرى – أى أوقع طلقة ثانية فى عدة الرجعى ، فإن طلاقه يكون طلاقا بدعياً ، وكـذا إن أوقـع الطلقة على جزء المرأة ، كيدها مثلاً . (١)

نساء لا يشترط فى طلاقهن أن يكون سنة

هناك بعض النسوة لا يشترط فى إيقاع الطلاق عليهن أن يكون سنة .

١) المرأة غير المدخول بها ، وسبب ذلك أن زوجها لم يمسها ، فلا عـدة عليها . قال تعالى " يا أيها النبى إذا طلقتهم النساء ، من قبل أن تمسوهن . فما لكم عليهن من عدة تعتدونها ... " ولذلك يجوز طلاق الزوجـة غيـر المدخول بها سواء فى حيضها أو طهرها .

٢) الزوجة الحامل يجوز إيقاع الطلاق عليها فى أثناء حملها ، لأن عدتها معروفة ، وهى تكون بوضع حملها ويبين الأحناف أن الحامل إذا اسـتبان حملها فالأحسن أن يطلقها واحدة رجعية ، وإن كان قد جامعهـا وطلقـت عقب الجماع ، لأن الكراهة تكون فى ذات الأقـراء لاحتمـال الندامـة ، لاحتمال الحبل ، فمتى طلقها مع علمه بالحبل ، فالظاهر أنه لا ينـدم . (٢)

---

(١) الشرح الكبير للدردير جزء ٢ ص٣٦١ .

(٢) البدائع للكاساني جزء ٣ ص٨٨ .

ويؤكد محمد بن الحسن فى المبسوط أن الرجل إذا أراد أن يطلق امرأته وهى حامل ، طلقها طلقة واحدة ، متى شاء ، حتى أنه لا بأس بأن يطلقها عقيب الجماع ، لأن كراهة الإيقاع عقيب الجماع ، إنما لاشتباه أمر العدة عليها ، وخوف الندم إذا ظهر بها حمل ، وذلك غير موجود فى المرأة الحامل ، ولأن الحبل يزيد فى رغبته فى زوجته ، فيكون إيقاعه الطلاق بعد ظهوره دليل عدم موافقة الأخلاق بين الزوجين . ويقول الكاسانى " فمتى طلقها مع علمه بالحبل فالظاهر أنه لا يندم . والمالكية يقولون إن طلاق الحامل البين حملها لا يوصف بسنة ولا بدعه من حيث وقت إيقاع الطلاق . [1]

٣) المرأة الصغيرة والمرأة التى يئست من المحيض وسبب قوله تعالى " واللائى يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن " فالعدة هنا بالأشهر ، وليست بالحيض ، ولذلك كان الطلاق فى حق المرأة الصغيرة التى لم تحض ، والكبيرة التى يئست من المحيض جائزاً فى أى وقت ، سواء جامع الزوج قبل الطلاق أو لم يجامع . يقول الكاسانى " الأحسن أن يطلقها واحدة رجعية ، وإن كان عقب طهر جامعها فيه . وبين أن الرجل إذا أراد أن يطلق امرأته ، وهى لا تحيض – من كبر أو صغر – طلقها واحدة متى شاء لأنها بمنزلة الحامل فى أنها لا تحيض فى عدتها ، فيباح إيقاع الطلاق عليها عقيب الجماع ، كما يباح الإيقاع فى الحامل . وتفصيل ذلك أن فى حق ذوات الأقراء ، إنما كُرِهَ إيقاع الطلاق عقيب الجماع لتوهم الحبل ، وهذا التوهم لا وجود له هنا ، فكان إيقاع الطلاق عقيب الجماع مباحاً .

[1]) البهجة شرح التحفة جزء ١ ص٦٣١ .

قال زفر – من الأحناف ، ليس للرجل أن يطلق امرأته الصغيرة ، أو التى يئست من المحيض عقيب الجماع حتى يمضى شهر على الجماع ، لأن الشهر يفصل بين الطلاق والجماع ، بما يفصل به بين الطلاقين فى عدة هى ذات قصول كما فى حق ذوات الأقراء ، وهنا يفصل بين طلاقيها بشهر ، فكذلك يفصل بين طلاقها وجماعها بشهر .

٤) يرى المالكية أن النكاح الذى يفسخ بعد البناء – أى بعد الدخول بالزوجة – بطلاق ، يكون فسخه صحيحاً ، وإن كان ذلك فى الحيض أو فى دم النفاس – متى كان الفسخ لا خيار فيه لأحد – كمن يتزوج من هى محرمة عليه . أما إذا كان فسخ هذا النكاح أو إجازته فيه خيار لأحد – أى لأحد الزوجين أو وليهما – فإن هذا الفسخ لا يقع فى الحيض أو دم النفاس – طلاقاً سُنّياً .

هذا ويلاحظ أن الزوج الفاسد عند المالكية – هو الزواج الذى حصل خلل فى ركن من أركانه – أو فى شرط من شروط صحته . وأركان العقد عندهم هى : العاقدان – المعقود عليه ، والصيغة والإيجاب والقبول . أما شروط صحة الزواج فهى : الشهادة ، وألا تكون المرأة محرمة على الزوج ، وأن تكون الصيغة – الإيجاب والقبول – خالية من التوقيت – بمعنى ألا يكون نكاح متعة ، وألا يكون الزواج فيه إكراه لأحد طرفيه ، وألا يكون أحد الزوجين مُحرِماً بحج أو عمرة . هذا بالإضافة إلى عدم تواطؤ الزوج مع الشهود على كتمان الزواج – هذا الشرط تفرد به المالكية ، كما انفردوا بشرط آخر هو إلا يكون الزوجان أو أحدهما مريضاً مرضاً مخوفاً .

هذا ويلاحظ أن المالكية يرون أن طلاق السنة منه البائن – كالطلقة الواحدة التى صادفت آخر الثلاث فتكون سنية بائنة ، وكذلك الطلاق فى الخلع . أما الطلاق فى الحيض فهو بدعى بائن كان يكون بلفظ الخلع بغير عوض ، وطلاق غير المدخول بها ، ولو فى المحيض . ومنه أيضاً الرجعى كطلقة بعد الدخول لم تصادف الثلاث . (١)

هل يطلق الغائب طلاق السنة ؟

إذا كان الزوج غائباً عن زوجته وأراد أن يطلق للسنة ، كتب لها : إذا جاءك كتابى هذا ، ثم حضت ، ثم طهرت ، فأنت طالق ، لجواز أن يكون قد امتد طهرها الذى جامعها فيه قبل غيابه عنها . أما إذا كتب لها : إذا جاءك كتابى هذا فأنت طالق ، يقع عليها الطلاق فى طهر جامعها فيه يكون طلاقاً ، خلاف السنة .

اشرط محمد صاحب أبى حنيفة ، أن يذكر فى كتابه " وعلمت ما فيه ، لجواز أن لا تقرأ كتاب زوجها فيقع الطلاق عليها وهى لا تشعر بذلك . إلا أن أصحاب الرأى الأول يقولون أن المغيبة لا تكون أحرص على شئ منها على قراءة كتاب زوجها ، والظاهر أنها لا تؤخر ذلك ، هذا فضلاً عن أن ظاهر الرواية لم يرد به الشرط الذى ذكره محمد .

إذا أراد الزوج الغائب أن يطلق امرأته ثلاثا ؛ كتب لها : إذا جاءك كتابى هذا فأنت طالق ثلاثاً للسنة . فيقع بهذه الصفة ، لأن الكتاب ممن نآى يكون بمنزلة الخطاب ممن دنى . وإن كانت الزوجة لا تحيض كتب لها إذا جاءك كتابى هذا ، ثم أهل شهر فأنت طالق ، وإن شاء كتب إذا جاءك

(١) البهجة شرح التحفة للتسولى جزء ١ ص٦٣١ .

كتابى هذا فأنت طالق ثلاثاً للسنة ، لأن له أن يطلقها للسنة – إذا كانت ممن لا تحيض أى وقت شاء . [1]

***

كيفية إيقاع طلاق السنة

الألفاظ التى يقع بها طلاق السنة – عند الأحناف – نوعان : نص ، ودلالة

أولاً : النص – أن يقول الرجل لامرأته أنت طالق للسنة " فهل يقع عليها الطلاق ؟

أ) إذا كانت المرأة مدخولاً بها ، وهى من ذوات الأقراء ، وقعت عليها تطليقة للحال ، سواء نوى المطلق ذلك أو لم ينو ، متى كانت الزوجة طاهراً ولم يكن فى هذا الطهر جماع .

ب) إذا كانت فى حيض ، أو جامعها فيه – لم تقع الطلقة فى الحال ، فإذا حاضت وطهرت ، وقعت طلقة واحدة ، وسبب ذلك ، أن قول المطلق " أنت طالق للسنة " فيه إيقاع تطليقة بالسنة المعرفة باللام ، واللام الأولى للاختصاص ، فيقتضى ذلك أن التطليقة مختصة بالسنة ، ولا يشوبها معنى البدعة ، لأن المقصود هنا هو الطلاق الواقع فى طهر لا جماع فيه ، ويعتد بالنية هنا لأن التطليقة المختصة بالسنة – المعرفة بالألف واللام – نوعان : حسن وأحسن ، والأحسن أن يطلقها واحدة فى طهر لا جماع فيه ، والحسن أن يطلقها ثلاثة أطهار ، فإن نوى الثلاث فقد نوى أحد نوعى التطليق المختصة بالسنة فتصح نيته .

لفظ الطلاق للسنة مجرداً ، لا يقع به إلا طلقة واحدة رجعية ، وعلى هذا الأساس إذا طلق الرجل امرأته بلفظ " أنت طالق للسنة " وقال أردت واحدة

---

[1]) المبسوط للسرخسى جزء ٦ ص١٦ .

بائنة ، لم تكن الطلقة بائنة ، وسبب ذلك أن لفظ " الطالق " لا يـدل علـى البينونة ، وكذا لفظ " السنة " بل يمنع من ثبوت البينونة ، لأن الإبانة ليست بمسنونة على ظاهر الرواية . ويستحيل أن يثبت باللفظ ما يمنع ثبوته .

وكذلك الحال – إن الثنتين لم يكن الطلاق ثنين ، لأنه عدد محض بخلاف الثلاث ، لأنه فرد من حيث إنه كل جنس الطلاق ، ولذلك لو قال الرجل " أنت طالق ثلاثا للسنة " ونوى الوقوع للحال صحت نيته ويقع الثلاث مـن ساعة تكلم ، لأن الطلاق تصرف مشروع فى ذاته ، وإنما الحظر والحرمة فى غيره .

ج) إذا كانت المرأة آيسة من المحيض ، أو صغيرة ، وقال لها أنت طالق للسنة " ولا نية له – طلقت واحدة للحال ، وإن كان قد جامعها . وإن قال لها " أنت طالق ثلاثا للسنة " يقع طلاق واحد للحال ، وبعد شـهر طـلاق آخر ، وبعد شهر طلاق آخر . وكذلك الحامل عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، وعلى قول محمد لا يقع إلا طلاق واحد .

ثانياً : طلاق السنة بألفاظ الدلالة

يقصد بألفاظ الدلالة فى هذا المجال ، الألفاظ التى تدل على أن المطلق يريد طلاق السنة ، كأن يقول " أنت طالق طلاق العدة ، أو طلاق الـدين ، أو طلاق الإسلام ، أو طلاق الحق ، أو طلاق العدل . وكل لفظ مـن هـذه الألفاظ له معناه ، فطلاق العدة هو الطلاق فى طهر لا جماع فيـه لقولـه تعالى " فطلقوهن لعدتهن " وطلاق الدين والإسلام والقرآن ، هو ما يقتضيه الدين والإسلام والقرآن . وكل هذا من طلاق السنة ، لأنه كما ذكـر أبـو يوسف ، موصوف بكونه سنياً مطلقاً فلا يقـع إلا علـى صـفة السـنة ، والطلاق على الإطلاق لا يقع فى غير وقت السنة .

قال محمد من الأحناف : إن الطلاق بألفاظ الدلالة يقع للحال تطليقة رجعية ، سواء كانت المطلقة حائضاً أو غير حائض ، جامعها في طهرها أو لم يجامعها ، لأن قول المطلق " تطليقة سنية " فيه وصف التطليقة بكونها سنية . والطلاق في أى وقت كان ، فهو سنى ، لأنه تصرف مشروع ، وباقتران الفسخ به لا يخرج من أن يكون مشروعاً في ذاته ، وهذا القدر لصحة الاتصاف بكون الطلقة سنية .

أقسام ألفاظ الدلالة التى يقع بها طلاق السنة

تنقسم ألفاظ الدلالة التى يكون بها طلاق السنة إلى ثلاثة أقسام :

الأول : قسم يكون طلاق السنة فيه بين المطلق وبين الله تعالى ، وفي القضاء أيضاً – نوى الطلاق أو لم ينو – مثال ذلك أن يقول أنت طالق طلاق العدة ، أو أنت طالق طلاق العدل ، أو طالق طلاق الدين "

الثانى : قسم يكون طلاق السنة فيما بين المطلق وبين الله تعالى وفي القضاء أيضاً إن نوى المطلق الطلاق ، وإذا لم ينو لا يكون الطلاق للسنة ، ويقع الطلاق في الحال ، كأن يقول المطلق " أنت طالق في كتاب الله عز وجل . وكتاب الله فيه شرع الطلاق مطلقاً ، فكان الطلاق مشروعاً في نفسه ، فكان كلام المطلق محتملاً لطلاق السنة ، وطلاق البدعة . ولذلك يوقف إيقاع الطلاق على النية ليتحدد ما إذا كان سنة أو بدعه .

الثالث : قسم يكون في دلالة ألفاظه ما يصدق فيه إذا قال نويت به طلاق السنة فيما بينه وبين الله تعالى ، ويقع في أوقات السنة ، ولا يصدق في القضاء ، بل يقع في الحال ، كأن يقول المطلق " أنت طالق على الكتاب أو بالكتاب أو على قول القضاء ، أو على قول الفقهاء . وكتاب الله فيه دليل الأمرين معاً – طلاق السنة وطلاق البدعة . فكان لفظ المطلق محتمل

للأمرين معاً ، فيصدق فيما بينه وبين الله ، ويقع طلاقه فى وقت السنة ، ولا يصدق فى القضاء لأن طلاقه هذا خلاف الظاهر .[1]

النساء اللائى يقع عليهن الطلاق

النساء اللائى يقع عليهن الطلاق قسمان : نساء حائلات – أى غير حوامل – ونساء حاملات :

القسم الأول : النساء الحائلات ، وهن إما ذوات أقراء ، وإما ذوات أشهر

أ) ذوات الأقراء بالنسبة لطلاق السنة .

يكون طلاق المرأة ذات القرء – أى التى تحيض – طلقة واحدة رجعية فى طهر لا جماع فيه ولا طلاق ، ولا فى حيضة طلاق ولا جماع . وعلى المطلق أن يترك مطلقته حتى تنقضى عدتها بثلاث حيضات . والأصل فى ما روى عن النخعى أنه قال ، كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يستحسنون ألا يطلقوا للسنة إلا طلقة واحدة ، وكان ذلك عندهم أحسن من أن يطلق الرجل ثلاثة طلقات فى ثلاثة أطهار . يضاف إلى ذلك أن الطلاق فى طهر لا جماع فيه دليل عدم ندم الزوج على فراق زوجته ، لأن الطهر الذى لا جماع فيه ، زمان كمال رغبة الزوج إلى زوجته . والفحل لا يطلق زوجته فى زمان كمال الرغبة إلا لشدة حاجته إلى الطلاق ، ولذلك كان طلاقه مسنوناً ، ولو لحقه الندم على ما فعل ، فهو أقرب إلى التدارك من الثلاث فى ثلاث أطهار ، فكان طلاقه أحسن .

وسبب اشتراط أن يكون الطهر لا جماع فيه ، أن الجمع بين الطلاقات الثلاث أو الطلقتين فى طهر واحد مكروه .

---

[1]) البدائع جزء ٣ ص٩٣ .

وسبب اشتراط ألا يكون الطلاق فى حيضة لا جماع ولا طلاق ، أنه إذا جامعها فى حيض هذا الطهر – احتمال ظهور حبل فيندم المطلق على صنيعه أنه طلق لا لحاجة ، وإذا طلقها فيه فإن هذا الطلاق يكون بمنزلة الطلاق فى الطهر الذى بعده ، لأن تلك الحيضة لا يعتد بها . ولو طلقها فى الطهر يكره له أن يطلقها أخرى فيه ، فكذا إذا طلقها فى الحيض ثم طهرت .

ب) ذوات الأشهر بالنسبة لطلاق السنة .

النساء ذوات الأشهر – فى عدتهن – هن : المرأة الصغيرة التى لم تحض ، والمرأة التى لم تر دم الحيض أصلاً ، والمرأة اليائسة من المحيض . هؤلاء عدتهن بالأشهر . ويكون طلاق السنة بالنسبة للواحدة منهن أن يطلقها الزوج طلقة واحدة رجعية ، ولو كان الطلاق عقيب طهر جامعها فيه كما يرى أبو حنيفة وصاحباه ، لقوله تعالى " فطلقوهن لعدتهن " والمطلقة هنا من ذوات الأشهر الثلاثة فى عدتها ، فيكون طلاقها طلقة واحدة رجعية فى الشهر الأول ، وهو طهر بالنسبة لها لأنها لا تحيض ، والرسول صلوات الله عليه قال لابن عمر أن يستقبل الطهر استقبالاً ، ولا يؤثر فى كون الطلاق " طلاق سنة " أن يكون قد جامعها قبل الطلاق ، لأن المرأة فى طهر لا لبس فيه ، فهى ممن لا تحيض أصلاً ، والرجل يطلق واحدة رجعية حتى لا يكون هناك ندم ، إذا هو مال لزوجته وأراد أن يرجع . أما إذا أراد الزوج أن يحسم باب النكاح على نفسه لما ظهر له أن النكاح ليس بسبب المصلحة له ديناً ودنيا فإنه يطلق فى كل شهر طلقة – أى يوقع الطلاق فى ثلاثة أطهار .

قال زفر – من الأحناف – فى طلاق الصغيرة التى لم تحيض واليائسة من المحيض والتى لم تحيض أصلاً ، يفصلُ بين جماعها ، وبين طلاقها بشهر ، وسنده فى ذلك أن الشهر فى حقهن يقام مقام الحيضة فيمن تحيض . ولذلك فى طلاق السنة بين الوطء وبين الطلاق بحيضة . غير أصحاب الرأى الأول يعترضون على زفر بقولهم إن كراهة الطلاق فى الطهر الذى وجد فيه جماع فى ذات الأقراء – الحيض – لاحتمال أن تحبل فيندم المطلق ، هذا المعنى ليس موجوداً فى من عدتهن بالأشهر ، وإن وجد الجماع ، هذا فضلاً عن أن اليأس والصغر فى الدلالة على براءة الرحم من حمل فيه ، فوق الحيضة فى ذات الأقراء .

يقول الأحناف إن طلاق السنة وإن تعلق بدليل الحاجة ، إلا أنه لم يتعلق بحقيقتها ، لكونها أمراً باطناً لا يوقف عليه إلا بدليل ، فيقام الطهر الخالى عن الجماع مقام الحاجة إلى الطلاق ، فكان تكرار الطهر دليل تجدد الحاجة إلى الطلاق ، فينبنى عليه الحكم – أى تكرار الطهر بلا جماع فيه

طلاق الحامل للسنة

يكون طلاق الزوجة الحامل طلقة واحدة رجعية ، حتى لو كان الزوج قد جامعها وطلقها عقيب الجماع . وهذا هو طلاق السنة الأحسن . وسبب ذلك أن كراهية الطلاق إنما هى بالنسبة للنساء ذوات الحيض لاحتمال الندم ، وليس احتمال الحبل ، فإذا طلق الرجل ع علمه بالحبل ، فالظاهر أنه لا يندم على الطلاق الذى أوقعه .

وإذا أراد الرجل أن يحسم النكاح ، ويطلق ثلاث ، فإنه يطلق ثلاث يفصل بين كل طلقة شهر كما هو الحال بالنسبة لطلاق من تعتد يالأشهر ، لأن الحامل لا تحيض – كما يرى الأحناف فهى تطلق واحدة رجعية ، وإذا

مضى شهر طلقت أخرى ، ثم إذا مضى شهر طلقت أخرى ، لأن الله عز وجل قال " الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان " فشرع ثلاث طلقات متفرقات ، من غير فصل بين الحامل والحائل . أما شرعية طلقة واحدة وطلقة واحدة ، وطلقة واحدة ، فيقول عز وجل " الطلاق مرتان " أى دفعتان ، وشرع الطلقة الثالثة بقوله " أو تسريح بإحسان " فإن طلقها فلا تحل له بعد حتى تنكح زوجاً غيره " وذلك من غير فصل . هذا فضلاً عن أن الحامل ليست من ذوات الأقراء – الحيض – فيفصل بين طلاقها بشهر كالآيسة والصغيرة التى لا تحيض . والجامع أن الفصل هناك بشهر لكون الشهر زمان تجديد الرغبة فى العادة ، فيكون زمان تجديد الحاجة ، وهذا المعنى موجود فى الحامل .

قال محمد صاحب أبى حنيفة لا تطلق الحامل للسنة إلا طلقة واحدة . وإلى هذا ذهب زفر – لأن إباحة التطليق فى الشرع متعلقة بتجدد فصول العدة ، لأن كل قرء فى ذوات الأقراء فصل من فصول العدة ، وكل شهر فى الآيسة من المحيض والتى لم تحيض والصغيرة ، فصول من فصول عدتها ، ومدة الحمل كلها فصل واحد من العدة لتعذر الإستبراء فى حق الحامل . وقالا إن ممتدة الطهر لا يفصل فيها بالشهر فكذلك الحامل .

طلاق المرأة ممتدة الطهر للسنة .

المرأة التى أمتد طهرها لا تطلق للسنة إلا طلقة واحدة ، فهى من ذوات الأقراء ، إذ رأت الدم وهى شابة لم تدخل حد الإياس ، غير أن طهرها امتد لداء فيها يحتمل زواله ساعة فساعة فبقيت أحكام ذوات الأقراء فيها ، وذوات الأقراء لا تطلق فى طهر لا جماع فيه للسنة إلا طلقة واحدة .

الشافعى وطلاق السنة

يقول الإمام الشافعى ، أحب للزوج أن يطلق واحدة ــ لتكون له الرجعة فى المدخول بها ، ويكون خاطباً لغير المدخول بها ، ولا يحرم عليه أن يطلقها ثلاث لأن الله تعالى أباح الطلاق فليس بمحظور ، وعلم النبى صـــلى الله عليه وسلم ابن عمر موضع الطلاق ، فلو كان فى عدده محظور ، ومباح لعلمه إياه إن شاء الله ، فقد أباح الله تعالى الطلاق للحاجة ، وما أباح فليس بمحظور على أهله . وطلق عويمر العجلانى امرأته بين يدى رســـول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثا قبل أن يأمره ، وقبل أن يخبره أنها تطلق عليـــه باللعان ، ولو كان شيئاً محظوراً عليه لنهاه النبى ليعلمه وجماعة المسلمين من حضر منهم . وجاء فى المجموع شرح المهـــذب " وإذا أراد الطـــلاق فالمستحب أن يطلقها طلقة واحدة ، لأنه يمكنه تلافيها ، وإن أراد الـــثلاث فرقها فى كل طهر طلقة "

المالكية والحنابلة لا يعتبرون السنة إلا فى الطلقة الواحدة الرجعية ، ومـــا عداها بدعة ، لأن السنة لا تبين إلا هذا ، ولأن الطلاق المسنون للحاجة ، والحاجة تندفع بالطلقة الواحدة الرجعية وينتظر حتى تنتهى عدتها ، فالطلقة الثانية والثالثة – ولو كانت كل واحدة فى طهر – كانت من غير حاجة إليه فتكون بدعة .

***

النوع الثانى : طلاق البدعة

طلاق البدعة – أو الطلاق البدعى – هو الطلاق الذى لم يستوف شـــروط طلاق السنة ، بمعنى أن يطلق الرجل امرأته المدخول بها حال حيضـــها ، أو فى طهر جامعها فيه – لا يدرى أهى حامل أم لا .

الأحناف وطلاق البدعة

يقسم الأحناف طلاق البدعة إلى نوعين :

النوع الأول : هذا النوع يرجع إلى الوقت الذى يقع فيه الطلاق ، وله حالتان :

أ) أن يطلق الرجل امرأته المدخول بها طلقة واحدة رجعية فى حال حيضتها . هذا الطلاق يصفه الأحناف بأنه سفه ، وليس طلاث سنة ، لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لابن عمر الذى طلق امرأته فى حال حيضها ، أخطأ السنة ، هذا فضلاً عن أن فى هذا النوع من الطلاق : تطويل العدة على المرأة المطلقة لأن الحيضة التى صادفها الطلاق غير محسوبة من عدتها ، ولأن فيه إضرارا بها بسبب هذا التطويل فى العدة ، هذا فضلاً عن أن الطلاق للحاجة ، وهو الطلاق فى زمان كمال رغبة الزوج لزوجته ، وهو الطهر . أما زمان الحيض فهو زمان النفرة ، فلا يكون الإقدام على الطلاق فى هذا الزمان دليل الحاجة إلى الطلاق ، ولذلك لا يكون طلاق سنة ، ولذلك قيل إن الأفضل لهذا المطلق أن يراجع مطلقته على نحو ما هو ثابت بحديث ابن عمر .

ب) أن يطلق الرجل امرأته ذات الأقراء طلقة واحدة رجعية فى طهر جامعها فيه ، لاحتمال حملها بهذا الجماع ، وعند ذلك يندم إذ يظهر له أنه طلق لغير حاجة إلى الطلاق ، ولذلك لا يكون هذا الطلاق من السنة .

النوع الثانى : وهو الذى يرجع إلى العدد . وفيه يطلق الزوج ثلاثا أو اثنتين فى طهر واحد جامع فيه ، سواء كان طلاقه على الجمع كأن يقول " أنت طالق ثلاثا ، أو متفرقات واحدة بعد واحدة . وهذا أيضاً طلاق بدعة واستدل الأحناف لقولهم هذا بالكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب فلقوله تعالى " فطلقوهن لعدتهن " أى أطهار عدتهن وهو الثلاث فى ثلاثة أطهار . وقال تعالى " الطلاق مرتـان " أى دفعتـان ، والأمـر بتفريق الطلاق نهى عن الجمع بينهما . فإن كان الأمر فى الآية أمر إيجاب ، فإنه يكون نهياً عن الجمع بين الطلقات الثلاث ، وهو نهى تحريم . وإن كلها الأمر أمر ندب كان نهياً عن ضده- وهو الجمع - والأمـر إن كـان إيجاباً فإنه يدل على التحريم ، وإن كان ندباً فإنه يدل على الكراهية .

أما السنة : فقد قال صلى الله عليه وسلم " تزوجـوا ولا تطلقـوا ، فـإن الطلاق يهتز له عرش الرحمن " فنهى الرسول هنا ليس لعين الطـلاق - لأنه قد بقى معتبراً شرعاً فى حق الحكم بعد النهى ، فعلم أن هناك غيـراً حقيقياً ملازماً للطلاق ، يصلح أن يكون منهياً عنه ، فكان النهى عنـه لا عن الطلاق ، كما هو الحال فى الطلاق فى حال الحيض . هذا وقد قـال عمر رضى الله عنه " لا يؤتى برجل طلق امرأته ثلاثا ، إلا أوجعته ضرباً ، وأجاز الطلاق عليه ، وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم يعارضه أحد

أما المعقول فيقول الأحناف .

١) النكاح عقد مصلحة ، فهو وسيلة إلى مصالح الدين الدنيا . والطـلاق إبطال للنكاح ، وإبطال المصلحة مفسدة ، والله لا يحب الفسـاد - وهـو معنى الكراهية الشرعية ، إن الله لا يحبه ولا يرضى به ، إلا أن النكاح قد يخرج من أن يكون مصلحة بسبب عدم توافق الأخلاق ، وتباين الطباع ، أو لفساد يرجع إلى نكاحها ، بأن علم الزوج أن المصالح تفوته بنكاح هذه المرأة ، أو أن المقام معها سبب فى فساد دينه ودنياه ، فتنقلب المصلحة فى الطلاق ، ليستوفى مقاصد النكاح من امرأة أخرى ، إلا أن احتمال أنه لـم يتأمل حق التأمل ، ولم ينظر حق النظر فى العاقبة ، فالشرع والعقل يدعوا

إلى النظر ، وذلك فى أن يطلقها طلقة واحدة رجعية ، حتى إذا كان التباين أو الفساد من جهة الزوجة ، فإنها ربما تتوب وتعود إلى الصلاح إذا ذاقت مرارة الفراق ، وإن كانت لا تتوب ، نظر الرجل فى حال نفسه ، هل يمكنه الصبر عنها ، فإن علم أنه لا يمكنه يراجعها ، وإن علم أنه يمكنه الصبر عنها ، يطلقها فى الطهر الثانى ، ويجرب نفسه ثم يطلقها ، فيخرج نكاحها من أن يكون مصلحة ظاهرة ، أو غالباً ، لأنه لا يلحقه الندم غالباً فأبيحت له الطلقة الواحدة ، أو الثلاث فى ثلاث أطهار ، على تقدير خروج نكاحها من أن مصلحة ، وصيرورة المصلحة فى الطلاق الذى يوقعه ، فإذا طلق الرجل ثلاثا جملة واحدة فى حال الغضب ، والمعروف أن حالة الغضب ليست حالة تأمل ؛ لم يعرف ما إذا كان خروج النكاح مصلحة ، فكان طلاقه إبطالاً للمصلحة من حيث الظاهر فيه مفسدة . هذا بالإضافة إلى أن النكاح عقد مسنون ، بل هو واجب ، فكان الطلاق قطعياً للسنة ، وتفويتاً للواجب .

فكان الأصل فيه الحظر والكراهة ، إلا أنه رخصة للتأديب وهو يحصل بالطلقة الواحدة الرجعية . أما إذا طلقت ثلاثاً فى طهر واحد فربما يلحق المطلق ندم والله يقول " لا تدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً " أى ندامة على ما سبق من فعله أو رغبته فى مطلقته ، ولا يمكنه تدارك ذلك بالنكاح فيقع فى السفاح . ومؤدى ذلك أن جمع الطلقات الثلاث احتمال الوقع فى الحرام ، وذلك بخلاف الطلقة الواحدة ، لأنها لا تمنع التدارك بالرجعة .

***

الشافعية والطلاق البدعى

الطلاق البدعى عند الشافعية هو طلاق الزوجة المدخول بها – فى حيض أو نفاس – أو الطلاق الواقع فى طهر جامع فيه ، ولم يتبين حملها [1] .

هذا النوع من الطلاق مختلف فيه ، فهو محظور محرم ، وقد اختلف فى وقوعه – على تحريمه – إلا إلى أن الشافعية يقولون بوقوعه على المطلق ، وإن كان محرماً ، وهو قول الصحابة والتابعين وجمهور الفقهاء . واستدلوا بحديث ابن عمر ، فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره بأن يراجعها ، والأمر بالرجعة دليل وقوع الطلاق ، لأن الرجعة لا تكون إلا بعد الطلاق ، كما استدل الشافعية بما روى عن الحسن عن عبد الله بن عمر قال " طلقت امرأتى وهى حائض طلقة وأردت أن أتبعها بطلقتين ، فسألت النبى صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال " راجعها ، قلت أرأيت لو طلقتها ثلاثا ، قال " كنت قد أبنت زوجتك وعصيت ربك " [2] وهذا نص على وقوع الطلاق فى الحيض .

كما يستدل الشافعية بأن رفع الطلاق تخفيف ، ووقوعه تغليظ ، ويظهر هذا فى أن طلاق المجنون لا يقع تخفيفاً عليه لأنه ليس بعاص . وطلاق السكران يقع تغليظاً عليه ، لأن السكران عاص ، والمطلق فى الحيض أولى بوقوع الطلاق عليه تغليظاً . هذا بالإضافة إلى أن النهى عن الطلاق فى الحيض ، إنما هو لأجل تطويل العدة ، لا لأجل الحيض ، فلم يمنع النهى عنه من وقوع الطلاق فيه .

وعند أهل الظاهر لا يقع الطلاق فى الحيض ، فقد قال تعالى " فطلقوهن لعدتهن " فاقتضى ذلك التفريق بين المأمور به والمنهى عنه فى الوقوع كما

---

[1] كفاية الأخيار فى حل غاية الاختصار – للحصنى جزء ٢ ص ٨٨ .

[2] أخرجه القرطبى فى السنن .

اقتضى الفرق بينهما فى التحريم . واستدلوا أيضاً بما روى أن عبد الرحمن بن أيمن سأل عبد الله بن عمر وأبو الزبير ، عن رجل طلق زوجته وهى حائض ، فقال ابن عمر طلقت زوجتى وهى حائض فسأل عمر النبى صلى الله عليه وسلم عن ذلك فردّها على ، ولم يره شيئاً . وهذا نص فى أن الطلاق لا يقع ، ولو وقع لرآه النبى شيئاً .

يضاف إلى ذلك أن النكاح قد يحرم فى وقت – وهى العدة – والإحرام ، كما يحرم الطلاق فى وقت الحيض والطهر المجامع فيه .

ويقول الظاهرية أيضاً إن عقد النكاح فى وقت تحريمه باطل ، وهذا يقتضى أن يكون الطلاق فى وقت تحريمه كذلك . وزاد الظاهرية بأن الرجل وكل عنه غيره فى طلاق زوجته فى ، فطلقها الوكيل فى الحيض لم تطلق ، لمخالفة إيقاع الطلاق فى غير وقته ، ومخالفة الله تعالى فى وقت الطلاق أولى أن لا يقع بها طلاق ، وهذا خطأ (١) .

***

ألفاظ الطلاق البدعى

الألفاظ التى يقع بها طلاق البدعة متعددة مثال أن يقول الزوج لزوجته " أنت طالق للبدعة أو انت طالق طلاق البدعة ، أو طالق طلاق الجور أو المعصية ، وهكذا .

هذه الصيغ إذا نوى المطلق بها إيقاع الطلاق الثلاث وقع ثلاثا ، وسبب ذلك أن إيقاع الطلاق فى طهر واحد لا جماع فيه بدعه ، والطلقة الواحدة فى طهر جامعها فيه بدعه . والطلاق فى حال الحيض بدعه ، فإذا نوى الثلاث ، فقد نوى ما يحتمله كلامه . غير أن محمد من الأحناف يرى أن

---

(١) الحاوى الكبير (المرجع السابق) ص١١٥ .

ما يقع في الحالات السابقة بالثلاث يقع طلقة واحدة يملك الزوج فيها الرجعة في العدة ، لأن طلاق البدعة لم يجعل له وقت في الشرع لتتصرف الإضافة إليه ، فيلغ قوله للبدعة ، ويبقى قوله " أنت طالق " فيقع به طلقة واحدة رجعية . وكذلك إذا قال طالق طلاق الجور أو طلاق المعصية ، ونوى الثلاث ، وإن لم تكن له نية ، فإن كان في طهر جامعها فيه ، أو في حالة الحيض ، وقع الطلاق من ساعته ، وإن لم تكن له نية لا يقع في الحال ما لم تحض أو يجامعها في ذلك الطهر .

ابن القيم وطلاق البدعة

يقول ابن القيم في زاد الميعاد عن الطلاق في الحيض ، إن الطلاق في الحيض مخالف لأمر الله تعالى ورسوله ، وفي الحديث الشريف " من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو ردّ " وهذا صحيح في أن هذا الطلاق المحرر الذي ليس عليه أمره صلى الله عليه وسلم باطل ، فكيف يقال إنه صحيح ولازم ونافذ " [1] . ويضيف بأن الشارع حرم الطلاق في الحيض لأنه يبغضه ، ولا يحب وقوعه ، فحرمه لئلا يقع ما يبغضه ويكرهه ، فتصحيحه وتنفيذه ضد هذا المقصود " وإذا كان النكاح المنهي عنه لا يصح لأجل النهي عنه ، فما الفرق بينه وبين المنهي عنه ؟ ألا يجب تصحيحه أيضاً ، كما لم يصح النكاح المنهي عنه ، هذا بالإضافة إلى أن الشارع قد حجر على الزوج ، أن يطلق في حال الحيض ، أو بعد الوطء في الطهر ، فلو صح طلاقه لم يكن لحجر الشارع معنى ، وكان حجر القاضي على من منعه من التصرف أقوى من حجر الشارع . وأيضاً فإن الطلاق في

---

[1]) جزء ٤ ص٤٤ .

الحيض محرم منهى عنه ، والنهى يقتضى فساد المنهى عنه ، فلو صححناه لكان لا فرق بين المنهى عنه والمأذون فيه .

هل يقع الطلاق على الطلاق

لا خلاف بين الفقهاء فى أن الطلاق يقع على زوجة فى عقد نكاح صحيح – سواء دخل الزوج بها أو لم يدخل . وهنا يرد سؤال – هل يقع الطلاق على زوجة معتدة من طلاق ، وللإجابة على هذا التساؤل اختلف الفقهاء إلى فريقين :

الفريق الأول : هذا الفريق يرى وقوع الطلاق على الطلاق ، بمعنى أن الطلاق قد يتبع الطلاق . فإذا كانت المرأة معتدة من طلاق رجعى يقع عليها الطلاق إذا طلق الزوج وهى فى عدته من هذا الطلاق الرجعى . يقول الكاسانى فى البدائع " فإن كانت معتدة من طلاق رجعى يقع الطلاق عليها ، سواء كان صريحاً أو كناية لقيام الملك – أى ملك النكاح – من كل وجه لأن الطلاق الرجعى لا يزيل الملك ، ولهذا يصح ظهار المطلق وإيلاؤه ، ويثبت اللعان بينهما .

ويقول صاحب المغنى " والرجعية زوجة يلحقها طلاقه – أى طلاق زوجها – وظهاره وإيلاؤها ولعانه ، ويرث أحدهما صاحبه بالإجماع " وفى نهاية المحتاج " ويلحق الطلاق رجعية لأنها فى حكم الزوجات – وإلى هذا ذهب ابن حزم فى محلاه " ونفقتها عليه فى الطلاق الرجعى ما دامت فى العدة ، ويلحقها طلاقه [1]

والمعتدة من طلاق بائن ببينونة صغرى يقع الطلاق عليها فى العدة عند الأحناف إذ يقول الكاسانى وإن كانت معتدة من طلاق بائن – أو خلع –

---

[1]) البدائع جزء ٣ ص ١٣٤ – المغنى جزء ٣ ص٢٧٩ . نهاية المحتاج جزء ٦ ص٤٤٠ المحلى لابن حزم جزء ١٠ ص٢١٧ .

فإن الطلاق الصريح يلحقها ، فقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال " المختلعة يلحقها صريح الطلاق ما دامت فى العدة بأنها بالخلع والإبانة لم تخرج من أن تكون محلاً للطلاق [1] " لأن حكم الطلاق إن كان ما ينبئ عنه اللفظ لغة - وهو الإنطلاق والتخلى وزوال القيد - فالمطلقة بائناً محل لذلك ، مقيدة فى حال العدة ، لأنها ممنوعة من الخروج والبروز والتزوج بآخر ، والقيد هو المنع ، وإن كان ما لا ينبئ عنه اللفظ لغة وهو زوال حل المحلية شرعاً ، فحل المحلية قائم لأنه لا يزول إلا بالطلقات الثلاث ، ولم توجد ، وكانت المبانة والمختلعة محلين للطلاق .

وحاصل الرأى عند الأحناف أن الزوج إذا طلق زوجته طلقة بائنة ، فإنه يستطيع أن يطلقها وهى فى عدتها من المطلقة البائنة أو عدتها من الخلع .

والشافعية يقولون إن المعتدة من طلاق بائن لا يلحقها طلاق فى العدة ، لأن الطلاق تصرف فى الملك بالإزالة ، والملك قد زال بالإبانة وبالخلع ، وإزالة الزائل محال . وقال الخرقى الحنبلى ولا يقع بالمعتدة من الخلع طلاق ، وإلى هذا ذهب ابن قدامه إذ يقول " وجملة ذلك أن المختلعة لا يلحقها طلاق بحال ، وبه قال ابن عباس وابن الزبير وعكرمة وجابر بن زيد والحسن والشعبى ومالك . والخلع يقع به طلاق بائن بينونة صغرى .

والرأى ما ذهب إليه الشافعى ومن معه من أن المعتدة من طلاق بائن بينونة صغرى لا يلحقها طلاق فى عدتها ، فهى لا تحل لمطلقها إلا بعقد جديدين ، لأنها بالبينونة الصغرى صارت امرأة أجنبية عنه ، إذ لا يجوز له مراجعتها ، ومن باب أولى لا يجوز له تطليقها وهى فى العدة من هذا الطلاق ، لأن عدة الرجعية تختلف فى الحكم عن عدة المبانة بينونة

---

[1]) البدائع جزء ٣ ص١٣٤ .

صغرى . فالمعتدة من الطلاق الرجعى تتشوف مطلقها وتتزين له ، وهو يراجع نفسه بشأن العودة إليها بالمراجعة ، وهذه المعانى ليست موجودة فى المعتدة من طلاق بائن بينونة صغرى .

الفريق الثانى : يرى أن الطلاق لا يقع على الطلاق ، بمعنى أن من طلق امرأته لا يجوز له أن يطلقها فى عدتها منه سواء كانت معتدة من طلاق رجعى أو بائن بينونة صغرى ، وسبب ذلك عندهم أن الطلاق لا يقع إلا طلقة واحدة ، يتبعها رجعة ، أو عقد جديد ، وعلى هذا الأساس لا يقع الطلاق على المعتدة من طلاق رجعى ومن باب أولى المعتدة من طلاق بائن . قال ابن تيميه " والرجعية لا يلحقها الطلاق ، وإن كانت فى العدة ، بناء على أن إرسال طلاقه على الرجعية فى عدتها قبل أن يراجعها محرم " [١]

والجعفرية يقولون بأن " محل الطلاق المرأة الطاهرة من الحيض والنفاس ، وأما المعتدة من طلاق رجعى ، فإن رجع بها ثم طلقها صح ، وبدون الرجعة يلغو الطلاق الثانى . [٢]

ونرى أن المانعين لوقوع الطلاق فى العدة • على الرأى الصحيح سواء كانت عدة طلاق رجعى أو بائن للأسباب الآتية :

١) أن الطلاق على الطلاق يخالف النص القرآنى " الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان هذا النص صريح يدل على أن الطلاق يقع مرة بعد مرة – على التفريق ، وإن يعقب كل مرة إمساك بمعروف ، ولا يكون هناك إمساك بمعروف والرجل يطلق من طلقها – وهى منه طالق –

---

[١]) فتاوى ابن تيميه ص٢٥٦ .
[٢]) الأحكام الجعفرية فى الأحوال الشخصية ص٥٩ .

وفى عدتها من طلاقه ، وهذا الطلاق فوق الطلاق يتنافى مع ما اتخذه الإسلام من تضييق مسالك الطلاق فيما يكره الرجل من أخلاق زوجته .

٢) أن الطلاق أهم أحكامه أن الرجل له أن يراجع ، وأحل للمرأة المطلقة رجعياً أن تتزين لمطلقها ، والقرآن الكريم شجع ذلك فقال سبحانه وتعالى " وبعولتهن أحق بردهن فى ذلك " ولم يقل سبحانه بإجازة الطلاق على الطلاق .

٣) الطلاق الذى يقع فى العدة – الرجعية أو البائنة – لا حكمة له ، وسبب ذلك أن المطلقة رجعياً لا تراجع هى زوجها وإنما هو الذى يراجعها ، فإذا طلقها فليس هناك من مبرر لإيقاع طلاق ثان عليها بل يتركها حتى تنقضى عدتها وتبين منه . وكذلك المطلقة بائناً ، لا مبرر لإيقاع طلاق عليها خاصة وهى ليست زوجة بعد البينونة .

٤) إن منع الطلاق على الطلاق فيه منع للتلاعب بألفاظ الطلاق ، فضلاً عن اتباع تعليمات الإسلام التى جعلت ابغض الحلال إلى الله الطلاق .

نسوة لا يقع عليهن الطلاق

لابد لإيقاع الطلاق أن يصدر من زوج على زوجة فى زواج صحيح شرعاً ، ولذلك هناك من النساء من لا يقع عليهن طلاق وهن :

١) **المرأة المعتدة من فرقة** : هى فسخ ونقض لعقد الزواج من أصله – كالفرقة لخيار الإدراك وعدم الكفاءة . وسبب ذلك أن العقد قد نقض من أصله فلم يبق له وجود فى العدة التى شرعت حفاظاً للنسب . هذا فضلاً عن أن الطلاق أثر من آثار عقد الزواج الصحيح شرعاً ، فلابد من وجوده ، ليصح إيقاع الطلاق .

٢) **المعتدة من فسخ أزال الحل** : كأن يكون من الزوج ، أو من الزوجة ، بأحد أصوله أو فروعه ما أزال الحل بينهما ، لأنه لا معنى للطـلاق ، إذ الأثر فى اعتبار الطلاق فى العدة ، هو احتسابه مما يملك المطلـق مـن طلاقات ثلاث ، إذا استأنفا الحياة الزوجية ، وهذا الاستئناف غير متصور ، وغير ممكن ، وسبب ذلك أن الفعل أزال الحل ، فكان الفسخ .

٣) **المطلقة لغير عدة** : وهى المطلقة قبل الدخول والخلوة ، والأمر فـى ذلك هو انقطاع العلاقة الزوجية بين الرجل ومطلقته قبل الدخول بمجـرد صدور لفظ الطلاق ، ولا يبقى للزواج أثر بعد هذا الطلاق ، ولذلك تعتبر الزوجية باقية حكماً – إذ لا عدة – ولذلك إذا قال الـزوج لزوجتـه قبـل الدخول " أنت طالق – أنت طالق – أنت طالق – لا تقع إلا طلقه واحدة ، لأن هذه الزوجية بانت من أول طلقة صدرت ، وصـارت أجنبيـة عـن مطلقها ، ولذلك يكون طلاقه الثانى والثالث على غير محل .

الطلاق الواقع من غير الزوج

جاء فى الحديث الشريف أن " الطلاق لمن أخذ بالساق " فدل بذلك على أن الأصل فى الطلاق أن يقع من الزوج ، فهو الذى رخص له الشارع الحكيم فى إيقاع الطلاق على زوجته ، إذ قام مبرر لهذا الطلاق . ولكـن يمكـن التساؤل عما إذا كان هناك من يملك تطليق الزوجة على زوجها غيره .

وللإجابة على هذا التساؤل نعرض الآتى :

١) سلطة الولى فى تطليق من هو تحت ولايته

الرأى عند الأحناف أن خلع الصبى وطلاقه باطل ، لعدم قصد معتبر عنده شرعاً ، خصوصاً فيما يضره . وكذلك فعل أبيه عليه فى الطلاق باطـل .

يقول صاحب المبسوط " لأن الولاية إنما تثبت على الصبى لمعنى النظر له ، ولتحقق الحاجة إليه ، وذلك لا يتحقق فى الطلاق . [1]

ولا يملك ولى المجنون تطليق زوجته عليه .

هذا ويلاحظ أن زوجة الصغير والمجنون لها – إن رأت – أن تلجأ إلى القاضى تطلب التطليق على زوجها الصغير أو المجنون . كما أن لولى كل منهما أن يلجأ إلى القضاء طالباً التطليق لأن الممنوع عليه أن يطلق هو على الصغير أو المجنون .

وعند المالكية ركن الطلاق " مُوقِعُهُ " من زوج أو وليه ، ويقصدون بالولى ولى الصغير والمجنون . وجعلوا للولى حق التطليق على الصغير أو المجنون إذا كان الطلاق بعوض .

وعند الحنابلة رأى يقول بأن الولى يملك التطليق ، أى له أن يطلق زوجة صغيره ، أو المجنون الذى هو تحت يده ، لأن عمر بن الخطاب رضى الله عنه طلق على ابن له معتوه . وعن عبد الله بت عمرو أن المعتوه إذا عبث بأهله عليه وليه ، فالولى يصح له أن يزوجه ، ومن ثم يصح له أن يطلق عليه إذا لم يكن متهما .

وهناك قول عند الحنابلة مؤداه أن الولى لا يملك أن يطلق على صغيره أو المجنون الذى تحت ولايته لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال " الطلاق لم أخذ بالساق " وبهذا يقول الشافعية وسندهم قول لعمر بن الخطاب " إنما الطلاق بيد الذى له الفرج ، ولأن طريقه الشهوة فلم يدخل فى الولاية "

ونرى أن إعطاء الولى الحق فى اللجوء إلى القاضى لإيقاع الطلاق على الصغير أو المجنون أو المعتوه – ومن يكون فى مثل حالهم – هو

---

[1] المبسوط للسرخسى جزء ٦ ص١٧٨ .

الأصوب والأجدر بالاتباع ، فلا نعطى الولى حق إيقاع الطلاق بإرادته هو دون إرادة المولى عليه ، والقاضى خير من يعبر عنه خاصة إذا كان هو صاحب الولاية العامة .

٢) وكيل الزوج وتطليق الزوجة

الطلاق هو إزالة ملك قائم للزوج ، ولذلك يجوز عند الأحناف ، والمالكية التوكيل فى إيقاعه لأن من يصح طلاقه يكون لـــه توكيـــل غيـــره فيـــه . والتوكيل فى الطلاق له صور هى " التوكيل والتخيير والتمليك " والتوكيل هو جعل إنشاء الطلاق لغير الزوج ، ويكون للموكل عزل وكيلـــه . وقـــد تكون تخييراً ، وقد يكون الوكيل فى الطلاق تمليكاً . يقول ابن جزى : أما التوكيل فهو أن يوكل الرجل المرأة فى طلاقها ، فلها أن تفعل مـــا وكلهـــا عليه من طلقة واحدة أو أكثر ، وله أن يعزلها ما لم تفعـــل ذلـــك . وأمـــا التمليك فهو أن يملكها أمر نفسها ، وليس له أن يعزلها ، عن ذلك – خلافا للشافعى – ولها أن تفعل ما جعل بيدها من طلقة واحدة أو أكثـــر ولـــه أن يناكرها فيما زاد عن الطلقة الواحدة – إذا أطلق القول . وأما التخيير فهو أن يخيرها بين البقاء معه أو الفراق ، فلها أن تفعل من ذلك ما أحبـــت ، فإن اختارت الفراق كان طلاقها بالثلاث ، وإن قالت اختـــرت واحـــدة أو اثنتين لم يكن لها وسقط خيارها – إلا إذا كان التخيير فى طلقة واحـــدة أو طلقتين خاصة ، فتوقعها .

يقول الحنابلة إن الزوج مخير بين أن يطلق بنفسه ، وبين أن يوكل فيـــه ، وبين أن يفوضه إلى المرأة ، ويجعله إلى اختيارها ، فقد روى أن النبـــى خير نساءه فاخترنه . [١]

---

[١]) المغنى لابن قدامه جزء ٧ ص١٤١ .

المبحث الثانى

تقسيم الطلاق من حيث وقوعه

الطلاق الذى يصدر من الزوج ينقسم إلى عدة أنواع ، بالنظر إلى الصيغة التى يصور بها . فقد يكون طلاقاً منجزا ، وقد يكون طلاقا مضافا ، وقد يكون طلاق معلقاً على شرط ، وقد يكون طلاقا مقترنا بعدد .

النوع الأول

الطلاق المنجز

الطلاق المنجز – هو ما يصدر بلفظ مطلق بقصد إيقاع الطلاق فوراً ، فلا يكون فى صيغته إضافة إلى زمن مستقبل ، ولا تعليقاً على شرط . وتنص المادة ٢٥١ من الأحكام الشرعية على مذهب أبى حنيفة على أن الطلاق المنجز هو " ما كان بصيغة مطلقة غير مقيدة بشرط ولا مضافة إلى وقت – وهذا الطلاق يقع فى الحال . فمن قال لامرأته " أنت طالق " وقع طلاقه فى الحال ، وترتبت عليه آثاره ، بمجرد صدوره – متى كان المطلق أهلاً لإيقاع الطلاق .

الطلاق المنجز هو الأصل – فى إيقاع الطلاق – لأن الأصل فى الطلاق الحظر ، ولم يجزه الشارع إلا لضرورة ، والضرورة تقتضى وقوع الطلاق فى الحال ، ولذلك لا خلاف بين الفقهاء فى وقوع الطلاق بالصيغة المنجزة فى الحال وترتب آثاره المقررة شرعاً من وقت وقوع الفرقة ، ولزوم العدة على الزوجة المطلقة .

نصت المادة الثانية من القانون ١٩٢٩/٢٥ ببعض أحكام الأحوال الشخصية على أنه " لا يقع الطلاق غير المنجز إذا قصد به الحمل على فعل شئ أو تركه لا غير "

النوع الثانى

الطلاق المضاف

صيغة الطلاق المضاف ، قد تكون الإضافة فيها إلى زمن ماض ، وقد تكون الإضافة إلى زمن مستقبل .

أ) الطلاق المضاف إلى زمن ماض

فى الطلاق المضاف إلى زمن ماض يقول الزوج لزوجته " أنت طالق أمس " قاصدا بذلك إيقاع الطلاق عليها بالأمس ، فما هو حكم هذا الطلاق ؟

يفرق الأحناف بين أمرين أحدهما – أنه إذا كان الزوج يملك إيقاع الطلاق ، وقع طلاقه كمن قال لزوجته التى تزوجها أول أمس " أنت طالق أمس " هذا الزوج يقع طلاقه عليها فى الحال لأنه فى الأمس كان يملك إيقاع طلاقه عليها ، متى كان أهلاً له . هذا الرأى يعتد بوقت صدور الطلاق فيوقعه فى الحال ولا يرجع به إلى الأمس ، اعتدادا بوقت صدور لفظ الطلاق .

والثانى : إذا قال لزوجته أنت طالق أمس وتزوجها اليوم كان طلاقه لغو ، لأنه لا يملك إيقاع الطلاق عليها قبل أن يتزوجها ، أى لم تكن هى محلاً لطلاقه ، وقت أن أوقعه .

يرى المالكية أن الزوج الذى يقول لزوجته " أنت طالق أمس " هازلاً فى طلاقه يقع عليه الطلاق . قال الدردير " ينجز عليه الطلاق لأجل هزله ، كقول أنت طالق أمس لأن ما يقع الآن لا يكون واقعاً أمس فيكون هازلاً بهذا الاعتبار " [1]

---

[1]) الشرح الكبير للدردير جزء ٢ ص٣٩٠ .

وللشافعية تفصيل فى الطلاق الصادر بصيغة مضافة إلـى زمـن مـاض فيقولون :

إذا أوقع الزوج الطلاق قائلاً " أنت طالق أمس " يقع طلاقه فـى الحـال " يقول قليوبى وعميرة " قال أنت طالق أمس " وقصد أن قع فى الحال ، وقع فى الحال ولغا قصد الإسناد إلى أمس لاستحالته . وقيل لغو – بمعنـى لا يقع به شئ ، لقصده به مستحيلاً .

أما إذا كان قول الزوج " أنت طالق أمس " وقصد به أنه طلقها أمـس ، وهى الآن معتدة صدق بيمينه فى ذلك ، وتكون عدتها من الأمس المذكور إن صدقته . أما إذا كذبته فتكون عدتها وقت من إقراره بالطلاق . يلاحظ أن الشافعية اشترطوا يمين المطلق فى هذه الحالة .

أما إذا كان قوله " أنت طالق فى نكاح آخر " أى فى غير النكـاح القـائم بينهما ، فإن عرف الطلاق المذكور بنكاحه صدق بيمينه فى إرادته ، وإلا فلا يصدق ، ويحكم بوقوع الطلاق عليه فى الحال ، وهو المعتمـد عنـد الشافعية . [1]

ويخالف الحنابلة إذ عندهم الطـلاق إلى زمن ماض " أنت طالق أمس " أو " أنت طالق قبل أن أتزوجك " ونوى وقوع الطلاق حين التكلم وقع طلاقه فى الحال . أما إذا لم ينو الطلاق حين التكلم – بأن أطلق الكلام – أو نوى إيقاع الطلاق فى الماضى ، لم يقع طلاقه ، وسبب ذلك أن فى كلام هـذا الزوج رفع استباحه الملك – أى ملك الاستمتاع بزوجتـه – فـى الـزمن الماضى ، وهو لا يملك ذلك ، فلا يقع طلاقه .

---

[1]) قليوبى وعميرة جزء ٣ ص٣٥١ .

ب) **طلاق مضاف إلى زمن مستقبل**

فى هذه الحالة من حالتى الإضافة يقول الزوج لزوجته " أنت طالق غـداً " هنا أضاف الزوج الطلاق إلى زمن مستقبل ، فهل يقع هذا الطلاق إذا جاء الغد ، أم يقع فى الحال وقت النطق به ، اختلفت الآراء بشأن هذه الصيغة .

عند الأحناف والحنابلة والشافعية يقع الطلاق حين يطلع فجر الغد . يقـول صاحب الفتاوى الهندية " إذا قال الزوج لزوجته أنت طالق غـداً ، وقـع الطلاق حين يطلع فجر الغد " وسبب ذلـك أن الـزوج وصـف زوجتـه بالطـلاق فى جميع الغـد ، فيقع الطلاق فى أوله [١] وإلـى هـذا ذهـب الزيدية . [٢]

وعند المالكية – الطلاق المضاف إلى أمر لابد أن يقع كقولـه إن دخـل الشهر أو إذا مات فلان فأنت طالق ، فهذا الرجل يلزمه الطلاق فى الحين ، ولا ينتظر به إلى أجل الشرط [٣] ، وإلى هذا ذهب الدردير إذ قال " من قال لزوجته أنت طالق رأس الشهر البتة نجز عليه – أى الطلاق " الآن – أى فالطلاق لازم له بمقتضى التعليق ، أو فى آخر الشهر بإيقاعه ذلـك ، فإحدى البتتين واقعة برأس الشهر على كل تقدير – إما بإيقاعـه الطـلاق عليها ، أو بمقتضى التعليق ، ولا يصح أن يؤخر هذا الطلاق لرأس الشهر ، لأنه من قبيل المتعة فينجز على المطلق [٤] .

---

[١]) الفتاوى الهندية جزء ١ ص٣٦٦ والهداية جزء ٣ ص٦١ وكشف القناع جزء ٣ ص١٦٨ ومغنى المحتاج جزء ٣ ص٣١٣ .

[٢]) شرح الأزهار جزء ٢ ص٤٠٤ .

[٣]) القوانين الفقهية لابن جزى ص١٥٣ .

[٤]) الشرح الكبير للدريدر جزء ٢ ص٣٩٨ .

وعند الظاهرية – أن الطلاق المضافة إلى زمن مستقبل لا يقع فى الحال ولا فى الزمن المستقبل الذى أضيف إليه الطلاق ، وسندهم فى هذا أن الطلاق المضاف إلى زمن مستقبل لم يأت به قرآن ولا سنة فقد علمنا المولى عز وجل الطلاق الذى يقع على المدخول بها ، والطلاق فى غير المدخول بها ، وليس الطلاق المضاف إلى زمن مستقبل مما علمنا . وإذا كان الطلاق لا يقع حال صدوره ، فمن المحال أن يقع بعد ذلك فى وقت لم يوقعه المطلق فيه ، وهو الزمن المستقبل . (١)

ومع تقديرنا للرأى القائل بوقوع الطلاق فى الزمن المستقبل عند حلوله ، والرأى القائل بوقوعه فى الحال – أى منجزاً – دون انتظار لحلول الزمن المستقبل الذى أضيف إليه الطلاق . إلا أننا نميل إلى الرأى الذى قال به ابن حزم من عدم وقوع الطلاق المضاف إلى زمن المستقبل ، لأن الطلاق ما شرع إلا لضرورة حالّةً ، وليست معلقة ، فمن قال لامرأته أنت طالق غداً أو أول الشهر أو غداً " هل دليه ضرورة حالة وقت أن تلفظ بالطلاق . ظاهر لفظه يدل على عدم وجود ضرورة تلّجئَهُ إلى طلاق زوجته لا فى الزمن الذى نطق به بالطلاق المضاف إلى زمن المستقبل ، ولا فى الزمن الذى أضاف إليه الطلاق . والطلاق أبغض الحلال عند الله ، فلا يتلاعب بألفاظه ، وابن حزم إذ قال لم يعلمنا الله الطلاق إلى زمن المستقبل ، كان معه كل الحق .

(١) المحلى لابن حزم جزء ١٠ ص٢١٣ .

النوع الثالث

الطلاق المعلق على شرط

يقصد بالطلاق المعلق على شرط – الطلاق الذى رتب المطلق وقوعه على أمر مستقبل بأداة من أدوات الشرط . مثال أن يقول الزوج لزوجته " إن خرجت من المنزل بغير إذن فأنت طالق " فحصول الطلاق هنا مرتبط بحصول الشرط الذى علق الطلاق عليه ، وهو خروجها من الدار بغير إذن الزوج . هذا ويلاحظ أن التعليق قد يكون لفظاً تذكر فيه أداة الشرط صراحة مثال " إذا سافرت إلى بلدك فأنت طالق " وقد يكون التعليق معنوياً ، لا تذكر فيه أداة الشرط صراحة مثال " الطلاق يلزمنى لا أفعل كذا " فأداة الشرط مذكورة فى المثال الأول صراحة ، ولكنها معنى فى المثال الثانى .

الشرط الذى يعلق الطلاق عليه

الشرط الذى يعلق الطلاق عليه ، قد يكون أمراً اختيارياً يمكن فعله ، أو يمكن الامتناع عن فعله ، وقد يكون أمراً غير اختيارى .

الأمر الاختيارى – قد يكون من أفعال الزوج الاختيارية ، كقوله لزوجته إن لم أقرأ الكتاب غداً فأنت طالق . وقد يكون الأمر الاختيار من أفعال الزوجة الاختيارية كقول الزوج لزوجته إن ذهبت إلى دار أهلك فأنت طالق " الصيغة الصادرة فى الحالتين السابقتين تسمى طلاقاً ، وتسمى يميناً وقد يكون الشرط المعلق عليه الطلاق من فعل غير الزوجين ، كأن يقول الزوج لزوجته " إن سافر فلان غداً فأنت طالق .

الأمر غير الاختيارى مثل قول الزوج لزوجته " إن طلعت الشمس فأنت طالق "

تعليق الطلاق على أمر اختيارى – أو غير اختيارى – محل خلاف بين الفقهاء ، إذ يسميه البعض طلاقاً معلقاً ولا يسميه يميناً ، لأن التعليق فيهما لا يفيد اليمين – وهو الحمل على الفعل أو المنع منه ، أو تأكيد الخبر ، فلا يكون بينه وبين اليمين مشابهة ، ومتى انتفت المشابهة بينهما فلا يسوغ إطلاق اليمين عليه مجازاً .

وبعض الفقهاء يطلق على الصيغ السابقة " يميناً " لوجود ركن اليمين وهو الشرط ، والجزاء ، وإن لم توجد ثمرة اليمين . وحكمه الحمل على الفعل أو المنع منه ، أو تأكيد الخبر ، لأن انتفاء الثمرة والحكمة ، لا يخرج الصيغة عن كونها يميناً ، إذ الحكم الشرعى فى التصرفات الشرعية يتعلق بالصورة لا بالثمرة .

شروط صحة التعليق

١) أن يكون الشرط معدوماً – أى متردداً بين أن يوجد أو أن لا يوجد – بمعنى يحتمل أن يكون أو لا يكون ، لأنه لو كان الشرط موجوداً بالفعل ، لا يكون هناك تعليقاً ، بل تكون صيغة الطلاق فى الحال ، ويقع الطلاق فى الحال ، ولا يكون التعليق الوارد بالصيغة صحيحاً ، ولا يقع به طلاق ، فإذا قال الرجل لامرأته " إن كانت السماء فوقنا فأنت طالق " هذه الصيغة منجزة حقيقة ويقع الطلاق فى الحال ، لأن الشرط محقق الوجود ، ولا يرد عليه احتمال أن يكون أو لا يكون ، ولذلك بلغوا الشرط ، وإن كان التعليق ظاهراً .

إذا كان الشرط الذى علق عليه الطلاق مستحيلاً ، فإن وقوع الطلاق الذى علق على هذا الشرط المستحيل محل خلاف . فقد قال رأى بوقوع الطلاق فى الحال ، لأن التعليق على الأمر المستحيل يجعل الأمر لغواً ، ويكون

المطلق كأنه أوقع الطلاق منجزاً . وقال رأى آخر بعدم وقوع الطلاق لأن المطلق علق طلاقه بصفة لا توجد . وهناك رأى ثالث فرق بين أمرين أحدهما التعليق على أمر مستحيل عقلاً فى هذه الحالة يقع الطلاق فى الحال لأن التعليق لا وجود له ، فيبقى مجرد الطلاق فيقع . أما إذا علق الطلاق على أمر يستحيل عادة كالصعود إلى السماء بلا واسطة ، لم يقع الطلاق .

٢) أن تكون المرأة محلاً للطلاق – بمعنى أن تكون صيغة الطلاق المعلقة على الشرط قد صدرت حال قيام الزوجية حقيقة – أو حكماً عند من يرون إيقاع الطلاق على الطلاق – بأن تكون معتدة من طلاق رجعى أو فى عدة طلاق بائن بينونة صغرى -ن الأحناف .

٣) هناك شرط حاصلة ، أن يكون الشرط متصلاً بالصيغة غير منفصل عنها ، فلا يقول المطلق " أنت طالق " ثم يسكت ، ثم يقول ذلك " إن دخلت الدار "

حكم الطلاق المعلق إذا وجد المعلق عليه

هناك خلاف بين الفقهاء فى هذا الخصوص ، بيانه .

أولاً : يرى الأئمة الأربعة أن الطلاق المعلق على شروط يقع إذا وجد المعلق عليه ، سواء كان الشرط المعلق عليه من أفعال الزوج والزوجة أو من أفعال غيرها ، أو كان أمراً لا دخل فيه لأحد من الناس ، وسواء قصد به الزوج التخويف أو الحمل على فعل شئ ، أو تركه أو لم قصد . واستدل الأئمة بما يأتى :

١) إن النصوص التى أفادت شرعية الطلاق وردت مطلقة ، ولم يرد عن الشارع ما يدل على تقيدها بنوع دون نوع . والمُطْلَقُ إذا ورد مطلقا ، ولم

يدل على تقييده بشئ ، فإنه يعمل به على إطلاقه . ومقتضى ذلك أن يكون الطلاق مفوضاً للزوج على وجه الإطلاق ، فله أن يوقعه حسبما أراد ، إن شاء أوقعه منجزاً وإن شاء أوقعه مضافاً ، وإن شاء أوقعه معلقاً ، سواء أكان على وجه اليمين أم لا .

٢) وقع تعليق الطلاق فى عصر الصحابة ، وسئلوا عنه ، فأفتوا بوقوع الطلاق عند حصول المعلق عليه ، ولو كان على وجه اليمين . وكذلك فى عصر التابعين ، ولم يخالف فى ذلك أحد من أهل الاجتهاد الذين يعتد برأيهم ، فيكون إجماعاً منهم على وقوع الطلاق المعلق على شرط ، متى تحقق الشرط ولو كان على وجه اليمين .

٣) إن الطلاق شرع لحاجة ، والحاجة قد تدعو إلى تعليق الطلاق ، كما تدعو إلى تنجيزه . فقد يكون من الزوجة بعض الأمور التى لا يرضاها الزوج ، فيأمرها بتركها ، ، ولكنها تستمر على عنادها ومشاكستها ، ويكره الرجل طلاقها ، ويرجو إصلاح حالها ، فيحتاج إلى تعليق طلاقها ، على فعل ما يكرهه ، أو ترك ما يريده ، فإما أن تمتنع عما يكره ، وتفعل ما يحبه ، فيحصل غرضه ، وتحسن العشرة بينهما ، وإما أن تخالف ، فتكون هى الجانية على نفسها ، والمختارة للفرقة .

٤) الطلاق من باب الاسقاطات ، وما كان من باب الاسقاطات يجوز تعليقه على شرط كالعتق فيجوز تعليق الطلاق .

٥) الطلاق تصرف شرعى ، سواء كان منجزاً أو معلقاً فيلزم الوفاء به ، فهو يندرج فى نطاق قول الله تعالى " يا أيها الذين أمنوا أوفوا بالعقود " [١] ورسول الإسلام عليه الصلاة والسلام " المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً

---

[١]) سورة المائدة ـ ١ .

أحل حراماً أو حرم حلالا " وتعليق الطلاق على شرط ليس فيه تحليل حرام أو تحريم حلال .

ثانياً : الظاهرية وبعض الشيعة يقولون إن الطلاق المعلق على شرط لا يقع إذا وجد الشرط المعلق عليه الطلاق ، يستوى فى ذلك أن يكون الطلاق على وجه اليمين – وهو ما قصد به الحمل على فعل شئ أو تركه ، أم كان لتأكيد الخبر ، أو لم يكن على وجه اليمين ، وهو ما قصد به وقوع الطلاق عند حصول المعلق عليه . وفى هذا يقول ابن حزم " من قال إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق ؛ أو ذكر وقتاً ما ، فلا تكون المرأة طالقاً بذلك ، لا الآن ، ولا إذا جاء رأس الشهر . برهان ذلك أنه لم يأت قرآن ولا سنة بوقوع الطلاق بذلك ، وقد علمنا الله الطلاق على المدخول بها ، وفى غير المدخول بها ، وليس هذا فيما علمنا . وأيضاً فإن كان كل طلاق لا يقع حين إيقاعه ، فمن المحال إن يقع بعد ذلك فى حين لم يوقعه فيه [1]

ثالثاً : ابن تيميه وتلميذه ابن القيم يقولان إن الطلاق المعلق على شرط ، إن كان على وجه اليمين ، ووجد المعلق عليه ، لا يقع ، وتجب الكفارة التى تجب على الحنث فى اليمين ، وإن لم يكن على وجه اليمين وقع .

وحجة هذا الرأى .

١) أن الطلاق المعلق إذا كان المقصود منه الحث على الفعل ، أو المنع منه ، أو تأكيد الخبر ، كان فى معنى اليمين ، فيكون داخلاً فى الإيمان الواردة فى قوله تعالى " قد فرض الله لكم تحله إيمانكم " وقوله تعالى " وذلك كفارة إيمانكم إذا حلفتم " . وقوله صلى الله عليه وسلم " من حلف على يمين ، فرآى غيرها خيراً منها ، فليأت الذى هو خير ، وليكفر عن

[1]) المحلى لابن حزم جزء ١٠ ص٢١٣ .

يمينه " ويكون حكمه حكمها ، وهو الكفارة فى حالة الحِنْثِ ، وعدم الوفاء بموجبها .

٢) يقول ابن حزم إن اليمين بالطلاق لا يلزم ، وسواء برَّ أو حَنِثَ ، لا يقع به طلاق .

***

موقف القانون رقم ١٩٢٩/٢٥ من الطلاق المعلق

كان العمل قبل صدور القانون ١٩٢٩/٢٥ على وقوع الطلاق المعلق ، عند حصول المعلق عليه . سواء كان على وجه اليمين أم لا باعتبار ذلك قول أغلب الصحابة والمجتهدين . ولما صدر القانون المذكور نصت المادة الثانية منه على أنه " لا يقع الطلاق غير المنجز إذا قص به الحمل على فعل شئ أو تركه لا غير " هذا النص يفيد إلغاء اليمين بالطلاق ، وهو رأى متقدمى الحنفية ومتأخريهم ، وهذا موافق لرأى الإمام على وشريح وداود وأصحابه وطائفة من الشافعية والمالكية وابن حزم .

وعلى هذا الأساس يكون الطلاق المعلق على شرط ، إذا قصد به وقوع الطلاق عند حصول المعلق عليه ، يقع به الطلاق عند حصول ما علق عليه . فمن يقول لزوجته " إن ولدت أنثى فأنت طالق ، وهو يقصد ما يقول ، طلقت امرأته إذا ولدت أنثى ، معاملة له بقصده . أما إذا كان قصده تعليق الطلاق على شرط مجرد التخويف ، أو الحمل على فعل شئ ، أو تركه ، وليس قصده الطلاق إن وقع المعلق عليه ، كانت الصيغة هنا فى معنى اليمين بالطلاق فلا يقع به شئ ، فإذا قال الرجل لامرأته " إن سافرتى إلى بلدة كذا فأنت طالق " فإن وقوع الطلاق هنا يتبع غرض الزوج ، فإن قصد طلاقاً وقع ، وإن قصد مجرد تخويف زوجته لا يقع

الطلاق . وقد قضت محكمة النقض بأن المشرع أخذ برأى بعض المتقدمين من الحنفية ، فارتآى أن تعليق الطلاق إن أريد به التخويف أو الحمل على فعل شئ أو تركه ، وقائله يكره حصول الطلاق ، ولا وطر له فيه ، كان فى معنى اليمين ولا يقع به طلاق .

هذا ويلاحظ أنه إذا لم تكن هناك قرائن توضح غرض الزوج ، وتدل عليه ، وحصل خلاف بين الزوجين فى غرض الزوج وقصده من تعليق الطلاق ، فادعت الزوجة أنه يقصد طلاقها لو حصل الأمر المعلق عليه الطلاق ، وأنكر الزوج ذلك وقال إنما أردت مجرد الحمل على فعل المعلق عليه أو تركه ، فالقول هنا قول الزوج مع يمينه ، فإن حلف اليمين على أنه لم يقصد إيقاع الطلاق عند وقوع الأمر المعلق عليه ، وإنما قصد به التخويف أو الحمل على فعل الأمر أو تركه ، فلا يقع الطلاق ، وإن نكل عن أداء اليمين وقع الطلاق ، لأن فى نكوله عن أداء اليمين إقرار بما تدعيه الزوجة .

الطلاق الثلاث

الطلاق البائن بينونة كبرى هو الطلاق المكمل للثلاث ولا خلاف بين الفقهاء فى ذلك لأن الله تعالى قال " الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره " بمعنى أن الزوج إذا طلق امرأته طلقتين سابقتين ثم بعد ذلك طلق طلقة ثالثة ، فإن هذه الطلقة تكون مكملة الثلاث ، وتبين الزوجة من زوجها بينونة كبرى ، فلا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره زواجاً صحيحاً شرعياً ثم يفارقها الزوج الثانى وتنقضى عدتها منه . وبعد ذلك يجوز للزوج الأول أن يتقدم لها خاطباً .

تسأل الفقهاء عما إذا كان الطلاق الثلاث يقع مرة واحدة بلفظ الثلاث دون أن تكون هناك طلقتين سابقتين مثل أن يقول الزوج لزوجته أنت طالق ثلاثا . اختلف الفقهاء فى هذه المسألة إلى عدة آراء .

أولاً : جمهور الفقهاء – قال الجمهور بوقوع الطلاق الثلاث بلفظ الثلاث ، بلفظ واحد ولا بدعة فى هذا الطلاق عند المالكية والشافعية ، وابن حـزم الظاهرى . ويقول الأحناف بوقوعه وإن كان بدعياً وإلى هذا ذهب أحمـد بن حنبل فى رواية عنه ، وفى رواية أخرى يقع به الثلاث وهو ليس بدعياً . وسند هذا الرأى :

١) قال تعالى " فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تـنكح غيـره " هـذا الطلاق يقع على الثلاث مجموعة أو متفرقة .

٢) روى أن عويمر العجلانى طلق امرأته ثلاثا فى حضـرة رسـول الله صلى الله عليه وسلم ، فلم ينكر عليه إيقاع الـثلاث مجموعـة . كمـا أن فاطمة بنت قيس طلقها زوجها ثلاثا ولم ينكر الرسول ذلك .

٣) طلق ركانة بن عبد يزيد امرأته البتة ، فأخبر النبى صـلى الله عليـه وسلم بذلك ، وقال ما أردت يا رسول الله إلا واحدة ، فقـال رسـول الله " والله ما أردت إلا واحدة ؟ " فقال ركانة " والله ما أردت إلا واحدة " فردها إليه رسول الله . فقال الفقهاء إن الطلاق الثلاث مجموعة يقـع ثلاثـا لأن النبى أحلف ركانه أنه ما أراد بالبتة إلا واحدة . وهذا يدل على أنـه – أى ركانة – لو أراد بها أكثر لوقع بها ما أراد ، ولو لم يفترق الحـال ، مـا أحلفه الرسول .

٤) روى أن رجلا جاء ابن عباس فقال " طلقت امرأتى ثلاثا ، فسكت ابن عباس ثم قال : ينطلق أحدكم فيرتكب الحموقة ثم يقول : يا ابن عباس يـا

ابن عباس ، وإن الله قال " ومن يتق الله يجعل له مخرجاً " عصيت ربك ، وبانت منك امرأتك "

٥) الطلاق الثلاث بلفظ واحد ثلاثا ، ثبت عن على وعمر وابن مسعود وابن عباس وأبى هريرة وغيرهم . وأمضى عمر الطلاق الثلاث بلفظ واحد .

٦) أقر رسول الله صلى الله عليه وسلم الطلاق جملة واحدة كما فى حديث فاطمة بنت قيس التى طلقها زوجها ثلاثا ، وأن هذه الثلاث كانت مجموعة بلفظ واحد .

٧) روى عن عائشة رضى الله عنها ، أن رجلاً طلق امرأته ثلاثا ، ولم يسأل النبى هل طلقها ثلاثا مجموعة أو متفرقة ، ولو أختلف الحال لوجب السؤال .

٨) روى النسائى أن رجلاً طلق امرأته ثلاثاً جميعاً ، فقام النبى غضباناً ، ثم قال " أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم " حتى قام رجل فقال : يا رسول الله ! ألا أقتله ، ولم يقل الرسول أنه يقع عليه طلقة واحدة .

٩) عن معاذ رضى الله عنه أنه قال " سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : " يا معاذ من طلق للبدعة واحدة أو اثنتين أو ثلاثا ألزمناه البدعة " [١]

وطبقاً لهذا الرأى قال المالكية ، إذا قال الزوج لزوجته " أنت طالق ثلاثا فهذا صريح فى البينونة والعدد . وإن قال لها " أنت طالق ، أنت طالق ، أنت طالق ، لزمته الثلاث طلقات ، إلا أن ينوى التأكيد – أى تأكيد طلقة واحدة – فيلزمه طلقة واحدة . وإن قال لها " أنت طالق وطالق وطالق " أو

[١]) راجع المفصل فى أحكام المرأة د/ عبد الكريم زيدان جزء ٨ ص٦٥ وما بعده .

" أنت طالق فطالق " " لزمته الثلاث " [١] وإلى هذا ذهب الشافعى إذ قال " ولا يحرم عليه – الزوج – أن يطلقها ثلاثـا ، لأن الطـلاق لـيس بمحظور . وعند الأحناف – إذا قال الزوج لزوجته " أنت طالق ثلاثـا – بكلمة واحدة – أو ثلاثا فى طهر واحد ، وقع طلاقه ، وكـان عاصـياً ، باعتبـار هذا من طلاق البدعة [٢] وأشار صاحب فتح القدير إلـى ذلـك بقوله " وطلاق البدعة ما خالف قسمى السنة ، وذلك بأن يطلـق الرجـل زوجته ثلاثا بكلمة واحدة ، أو متفرقة فى طهر واحد ، أو اثنتين كـذلك – أى فى طهر واحد ، أو واحدة فى الحيض أو فى طهر جامعها فيـه ، أو جامعها فى الحيض الذى يليه [٣]

ويقول الكاسانى فى البدائع – أن من أوقع الثلاث جملة واحدة ، فيقع جملة واحدة ، لأن العدد هو الواقع – وهو هنا الثلاث مجتمعاً ، ولأن الكلام إنما يتم بآخره لأن المتكلم ربما يعلق كلامه بشرط أو بصفة إلـى وقـت ، أو يلحق به الاستثناء لحاجته إلى ذلك ، فيقف أول الكلام على آخـره ، وإذا وقف عليه صار الكل جملة واحدة ، فيقع الكل جملة واحـدة ، ولا يتقـدم البعض على البعض ، واستدل الكاسانى لقوله هذا بأن من يقول لزوجته " أنت طالق واحدة " فمات بعد قوله " طالق " وقبل قوله " واحدة " لـم يقـع شئ ، لأن الواقع هو العدد ، والعدد فى حالتنا وجد بعد الموت ، كذلك لـو قال لها أنت طالق ثلاثا – إن شاء الله – فمات بعد قوله ثلاثا ، وقبل قوله إن شاء الله " لا يقع شئ ، لأن توقف أول الكلام على وجود آخره المغيـر

---
[١]) القوانين الفقهية لابن جزى ص١٥٢ .
[٢]) الهداية جزء ٣ ص٢٤ .
[٣]) فتح القدير جزء ٣ ص٢٤ .

له ، فلم يتعلق بأول الكلامك حكم ، فلا يقع شئ فى حال الحياة ، ولا يقع بعد الموت لعدم التطليق عند وجود الاستثناء وعدم المحل أيضاً [١]

ثانياً : الرأى عند أهل الظاهر

ذهب رأى عند الظاهرية بأن الطلاق الثلاث فى كلمة واحدة يقع طلقة واحدة . وبهذا الرأى أخذ بعض المتأخرين دفعا للحرج عن الناس ، وتقليلاً لحوادث الطلاق ، وفرارا من مفاسد سد المحلل ، وبهذا الرأى أخذ القانون المصرى رقم ١٩٢٩/٢٥ إذ نصت مادته الثالثة على أن " الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة لا يقع به إلا طلقه واحدة "

وسند هذا الرأى ما يأتى :

١) روى أحمد ومسلم من حديث طاووس عن ابن عباس أنه قال " كان الطلاق على عهد رسول صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وسنتين من خلافة عمر – طلاق الثلاث يقع واحدة ، فقال عمر بن الخطاب ، إن الناس قد استعجلوا فى أمر كانت لهم فيه أناة ، فلو مضيناه عليهم ، فأمضاه عليهم " [٢]

٢) إن الله تعالى فرق الطلاق بقوله " الطلاق مرتان " أى مرة بعد مرة ، وما كان مرة بعد مرة بأمر الله ، لا يملك المطلق إيقاعه دفعة واحدة ، كما هو الحال فى اللعان ، فلابد من التفريق ، فلو قال الملاعن أشهد بالله أربع شهادات إنى لمن الصادقين ، كانت مرة واحدة . وكذلك إذا قال المقر بالزنى – أنا أقر أربع مرات أنى زنيت كان هذا الإقرار كرة واحدة .

٣) روى الإمام أحمد فى سنده عن الين عباس أنه قال " طلق ركانه بن عبد يزيد امرأته ثلاثا فى مجلس واحد ، فحزن عليها حزناً شديداً ، فسأله

---

[١]) البدائع جزء ٣ ص٦٣٧ .
[٢]) صحيح مسلم وتفسير القرطبى ١٣٢/٣ وفتح القدير للشوكانى ٢٣٨/١

رسول الله صلى الله عليه وسلم " كيف طلقتها ؟ قال ركانه " طلقتها ثلاثا ، فقال الرسول : فى مجلس واحد ، قال ركانه : نعم ، قال الرسول فإنما تلك واحدة ، فأرجعها إن شئت ، قال فراجعها " [1]

ثالثاً : قال رأى بأن الطلاق الثلاث ، لا يقع لأن الله تعالى قال " الطلاق مرتان ، فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان " فلا يجوز للمطلق أن يجمع ما أمر الله بتفريقه ، لأن ذلك فى ذلك ارتكاب ما نهى الله عنه ، وما حَرُمَ من الطلاق لا يقع .

الطلاق المتتابع

نصت المادة الثالثة من القانون ١٩٢٩/٢٥ على أن " الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحدة " والآية الكريمة تنص على " الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ... " من أجل ذلك نتساءل عن حكم الطلاق المتتابع الذى يقول فيه الزوج لزوجته فى مجلس واحد " أنت طالق ، أنت طالق ، أنت طالق " هل يقع طلاقه المتتابع – هذا – طلقات ثلاث كما هو مذهب الجمهور ، أم طلقة واحدة كما هو مذهب السلف الذين أخذ عنهم القانون نص المادة الثالثة سالفة الذكر ؟

يقول أستاذنا الشيخ محمد أبو زهره عند كلامه عن الطلاق المتتابع " إننا بلا شك لو فسرنا القانون تفسيراً لفظياً ظاهرياً ، فلا نتجاوز الظاهر فى التفسير ، لقلنا إن هذا النوع من الطلاق . يطبق فيه مذهب أبى حنيفة ، فنطلق المدخول بها بالعدد الذى تتابع الطلاق به ، ولكن القوانين لا تفسر بظواهر ألفاظها فقط ، بل تفسر بأغراضها ومذكراتها الإيضاحية ، ومصدرها التاريخى ، والفكرة العلمية التى انبعثت منها نظر الذين قالوها .

---

[1]) المفصل فى أحكام المرأة د/ عبد الكريم زيدان جزء ٨ ص٦٩ .

١) غرض القانون ١٩٢٩/٢٥ واضح أنه يريد القضاء على فكرة أن الزوج له أن يطلق دفعة واحدة طلقة أو اثنين ، وأن له أن يفصم عرى الزوجية دفعة واحدة فى مجلس واحد . وإذا كان هذا غرض القانون والعلة الباعثة عليه ، فإنه يكون من العبث أن يجعل الطلاق بلفظ الثلاث طلقة واحدة ، ويجعل الطلاق المتتابع ثلاث طلقات ، لأن المطلق يترك هذه إلى تلك ، ويفر من حكم القانون بأسهل طريق . ولفظ القانون وإن كان ظاهره فى المقترن بالعدد الذى يوصف فيه الطلاق بالعدد ، فإنه يحتمل شمول الطلاق المتتابع فى مجلس واحد ، لأنه مقترن بالعدد فى المعنى ، وإن لم يوصف لفظ الطلاق بالعدد .

٢) وأن المذكرة الإيضاحية وإن اقترنت بصدور القانون تزكى ذلك ، لأنها عبرت عن الطلاق المقترن بقولها " الطلاق المتعدد لفظاً أو إشارة " ولا شك أن الطلاق المتتابع فى مجلس واحد ، متعدد لفظاً – لا شك فى ذلك – فكان ذلك التعبير مبيناً من جهة مراد واضع القانون من كلمة مقترن بالعدد لفظاً ، ما هو متعدد لفظاً ، ثم يشير من جهة ثانية إلى أن المقصود من القانون فى هذا الباب ، هو حمل المطلق على الأيسر فى الطريق الذى رسمه القانون الكريم – فلا يطلق دفعه واحدة ، والطلاق فى المجلس الواحد ولو متتابعاً دفعة واحدة .

٣) إن المصدر التاريخى للمادة الثالثة من القانون ١٩٢٩/٢٥ يوضح ذلك ، فإن الفقهاء الذين قرروا أن الطلاق الثلاث بلفظ الثلاث يقع واحدة ، هم الذين قرروا أن الطلاق المتتابع فى مجلس واحد لا يقع إلا واحدة ، ومن المنطق السليم أن نأخذ برأيهم كله ، وهو فى موضوع واحد ، ما دامت

ألفاظ القانون تتسع له ، ولا تضيق عنه ، وقد ذكرنا أن القانون يحتمل ذلك التفسير الذى يرجح من حيث المعنى .

٤) إن الذين قالوا إن الطلاق الثلاث بلفظ واحد ، يقع واحدة ، استشهدوا لرأيهم بما روى عن ابن عباس رضى الله عنه أنه قال " طلق ركانه بن عبد يزيد امرأته ثلاثا فى مجلس واحد ، فحزن عليها حزناً شديداً فسأله النبى كيف طلقتها ، فقال طلقتها ثلاثا ، فقال فى مجلس واحد ؟ قال نعم ، قال النبى ، إنما تلك واحدة ، فارجعها إن شئت ، فراجعها . ففى هذا الحديث يعتبر النبى صلى الله عليه وسلم الطلاق ثلاثا فى مجلس واحد على سبيل التتابع ، أو على سبيل وصف الطلاق بالعدد طلقة واحدة . لهذا كله نرى أنه بعد صدور القانون ١٩٢٩/٢٥ صار الطلاق المتتابع فى مجلس واحد ، والطلاق الموصوف بالعدد طلقه واحدة .

وهناك رأى مخالف لما ذهب إليه الرأى السابق . هذا الرأى يقول إن المادة الثالثة من القانون ١٩٢٩/٢٥ لم تنص صراحة إلا على الطلاق المقترن بعدد الثلاث لفظاً ، أو إشارة . أما الطلاق الذى تكرر صيغته ثلاث مرات فى مجلس واحد ، فإن المادة لم تنص على حكمه . وحيث إن هذه المادة قد وردت على سبيل الاستثناء مما كان يجرى عليه العمل قبل صدور القانون المشتمل على هذه المادة ، فإنه يقتصر على ما نصت عليه صراحة ، وهو الطلاق المقترن بعدد الثلاث لفظاً أو إشارة ، ولا يصح التوسع فى مدلولها ، يجعل الحكم الذى تضمنته شاملاً للطلاق الذى تتكرر صيغته ثلاث مرات فى مجلس واحد بطريق القياس ، لأن ما ورد على سبيل الاستثناء لا يصح القياس عليه . وعلى هذا لو حكم القاضى بأن الطلاق المكرر ثلاث مرات

فى مجلس واحد يقع ثلاثا استناداً إلى الرأى الراجح من مذهب أبى حنيفة الذى كان عليه العمل قبل صدور القانون لكان صحيحاً .

رأى القضاء

قضت محكمتنا العليا بان الطلاق المتتابع فى مجلس واحد ، مما ينطبق عليه حكم المادة الثالثة من المرسوم قانون رقم ١٩٢٩/٢٥ ، وفى ذلك تقول إن عبارة الطلاق المقترن بالعدد لفظا أو إشارة بالتطبيق للمادة الثالثة من القانون رقم ١٩٢٩/٢٥ تشمل الطلاق المتتابع فى مجلس واحد ، لأنه مقترن بالعدد فى المعنى ، وإن لم يوصف لفظ الطلاق بالعدد [١]

واستقر القضاء الشرعى على أن المادة الثالثة من القانون ١٩٢٩/٢٥ تشمل الطلاق المتتابع فى مجلس واحد لأنه مقترن بالعدد فى المعنى ، وإن لم يوصف لفظ الطلاق فى العدد ، يؤكد ذلك ما ورد بالمذكرة الإيضاحية من أن الطلاق شرع على أن يوقع على دفعات متعددة ، وأن الآية صريحة فى أن الطلاق مرتان ، فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ، فهى صريحة فى أن الطلاق لا يكون إلا مرة بعد مرة ، وأن دفعات الطلاق جعلت ليجرب الرجل نفسه بعد المرة الأولى والثانية ، ويروضها على الصبر والاحتمال ، ولتجرب المرأة نفسها أيضاً ، حتى إذا لم تفد التجارب ، ووقعت الثالث ، علم أنه ليس فى البقاء خير ، وأن الانفصال البات بينهما أحق وأولى .

---

[١] نقض ٤٥/٤٩ ق ح ١٩٧٧/٥/٢٥

المبحث الثالث

تقسيم الطلاق من حيث إمكان الرجعة

ينقسم الطلاق بالنظر إلى إمكان مراجعة المطلق مطلقته إلى : طلاق رجعه ، وطلاق بائن .

أولاً : الطلاق الرجعى

الطلاق الرجعى هو الذى يملك الزوج – بعده – مراجعة مطلقته إلى الزوجية بإرادته من غير حاجة إلى مهر وعقد جديدين ، وما دامت فى عدته رضيت أم أبت . وقد نصت المادة ٢٣١ من الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية على مذهب الإمام أبى حنيفة على أن " كل من طلق زوجته المدخول بها حقيقة ، طلقة واحدة رجعية أو طلقتين كذلك فله أن يراجعها ، ولو قال لا رجعة لى بدون حاجة إلى تجديد العقد الأول ، ولا اشتراط مهر جديد ما دامت فى العدة ، سواء علمت بالرجعة أو لم تعلم ، وسواء رضيت بها أو أبت ، ولا يملك الرجعة بعد انقضاء العدة ، ولا رجعة فى عدة المطلقة بعد الخلوة ، ولو كانت الخلوة صحيحة .

الأصل فى الطلاق أن يكون رجعياً ، وهذا يدل عليه قول الله عز وجل " الطلاق مرتان ، فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان " والكاسانى من الأحناف يقول " إن الطلاق شرع فى الأصل بطريق الرخصة لحاجة ، ولا حاجة إلى الطلاق البائن ، لأنها تندفع بالطلاق الرجعى ، فكان الطلاق البائن من غير حاجة ، فلم يكن من السنة " [1] . وابن القيم يقول من تأمل القرآن الكريم وجده لا يحتمل غير ذلك ، فما شرع الله تعالى الطلاق إلا وشرع فيه الرجعة ، إلا الطلاق قبل الدخول ، وطلاق الخلع والطلقة

---

[1]) البدائع جزء ٢ ص٩٥ .

الثالثة [1] . وآيات القرآن الكريم صريحة فى ذلك قال تعالى " الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ... " أى مرة فيها رجعة فى العدة ، ثم مرة فيها رجعة فى العدة ، فإن جاءت الطلقة الثالثة فلا رجعة بعد ذلك لقوله تعالى " فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره " فدل هذا على أن الطلقة الثالثة تقع بائنة ، تبين بها المطلقة وتحرم على المطلق حتى تنكح زوجاً غيره ، نكاحاً شرعياً ثم يطلقها ، ثم تنتهى عدتها ، ثم يتقدم المطلق الأول خاطباً مع الخطاب .

قال تعالى " وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن ، فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ، ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا ، ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه " والإمساك بالمعروف يكون فى خلال العدة ، وليس بعدها .

قال تعالى " وبعولتهن أحق بردهن فى ذلك إن أرادوا إصلاحا ... "

قال تعالى " يا أيها النبى إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن ، وأحصوا العدة ، واتقوا الله ربكم ولا تخرجوهن من بيوتهن ... " أى لا تخرجوهن من مساكنهن عند الطلاق حتى تنتهى العدة ، لأن الطلاق هنا رجعى ، ويمكن الرجعة فى عدته .

إن الطلاق لم يشرع فى الأصل إلا رجعياً لتدارك ما يقع من الزوج من طلاق فيه خطأ فى القصد أو سوء تدبير أو تقدير ، فكانت الرجعة فى عدته .

حكم الطلاق الرجعى

الطلاق الرجعى كما يراه الأحناف لا يزيل رابطة الزوجية ، كما أنه لا يغير شيئاً من الأحكام الثابتة بالزواج ما دامت المطلقة فى العدة ولذلك

---

[1]) إغاثة اللهفان لابن القيم جزء ١ ص٣٠٠ .

نراهم يعرفون الرجعة بأنها استدامة الملك القائم ومنعه من الزوال ، بمعنة أن النكاح فى الطلاق الرجعى قائم من كل وجه عند الأحناف .

هذا الطلاق لا يزيل الملك ، ولا يزيل الحل ، ولذلك يجوز للمطلق مراجعة مطلقته ما دامت فى عدتها .

أما عند الشافعية ، فالطلاق الرجعي يزول به حل الوطء ، بمعنى أن الزواج يبقى قائماً من وجه وهو جواز المراجعة ، وزائلاً من وجه هو حرمة الاستمتاع بالمطلقة فى خلال أجل العدة ولذلك نراهم يعرفون الرجعة بأنها استدامة النكاح من وجه ، وإنشاء من وجه بناء على أن الملك قائم من وجه وزائل من وجه . والحنابلة فى رأى عندهم يذهبون مذهب الشافعية وفى رأى آخر يذهبون مذهب الأحناف .

المالكية وإن عرفوا الرجعة بأنها عود الزوجة المطلقة – أى طلاقاً رجعياً – للعصمة من غير تجديد عقد ، إلا أنهم اختلفوا فى الاستمتاع بالمطلقة رجعياً – وهى فى عدتها – فقال رأى لا تصح رجعة بدون نية ، ولو بأقوى الأفعال كوطء ، فأولى مباشرة " وقال الدسوقى " وأما الفعل مع النية فإنه يحصل به الرجعة ، والدخول عليها من جملة الفعل ، فإن نوى به الرجعة كفى " ومؤدى هذا الرأى أن المطلق رجعياً إذا لم ينو بأفعاله – مع مطلقته رجعياً فى خلال عدتها – الرجعة ، لا تتم الرجعة . وقيل بصحة الرجعة بمجرد الوطء بلا نية . (١)

هل الاشهاد شرط لجواز الرجعة

قال الأحناف إن النكاح – فى فترة عدة الطلاق الرجعى – قائم من كل وجه ، وأن الرجعة هى استدامة الملك ومنعه من الوزوال ، فضلاً عن

---

(١) الشرح الكبير للدردير جزء ٢ ص٤١٧ .

الرجعة فيها فسخ السبب المنعقد – الطلاق – لزوال الملك . ولذلك الشهادة على الرجعة ليست بشرط لجوازها عند الأحناف . وسندهم فى ذلك :

١) أن نصوص الرجعة فى الكتاب والسنة جاءت مطلقة من شرط الإشهاد ، وإن كان يستحب الإشهاد عليها ، إذ لو لم يشهد المراجع على الرجعة لا يأمن أن تنقضى عدة مطلقته فلا تصدقه فى الرجعة ، ويكون القول قولها بعد انقضاء العدة . لذلك قال الأحناف بأن الإشهاد على الرجعة مندوب ، وعلى هذا يحمل الأمر الوارد فى قوله تعالى " فإذا بلغن أجلهم فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف " فالآية جمعت بين الفرقة والرجعة .

٢) الإشهاد ليس بواجب على الفرقة ، بل هو مستحب ، كذا يكون الإشهاد فى الرجعة .

٣) لا يشترط رضاء المرأة بالرجعة ، لأن الرضاء من شرائط ابتداء العقد ، وليست من شروط بقائه .

٤) لا يشترط إعلام المرأة بالرجعة ، فإذا لم يعلمها بالرجعة جازت ، لأن الرجعة حق المطلق على الخلوص ، لكونه تصرفاً فى ملكه بالاستيفاء والاستدامة .

قال الشافعى – إن الرجعة استدامة من وجه ،وغنشاء من وجه . بناء على أن الملك قائم من وجه وزائل من وجه ولذلك كان الشهادة على الرجعة شرط لجوازها لأن الله تعالى قال " واشهدوا ذوى عدل منكم " فظاهر الأمر الوجوب فيقتضى وجوب الشهادة على الرجعة . حتى أنه قال لا يجوز الرجعة إلا بالقول لأن الرجعة إنشاء النكاح من وجه ، وإنشاء النكاح من كل وجه لا يجوز إلا بالقول ، فكذا إنشاؤه من وجه .

ركن الرجعة

ركن الرجعة عند الأحناف هو " قول أو فعل "

أما القول – فنحو أن يقول المطلق رجعياً فى العدة لمطلقته راجعتك ، أو رددتك ، أو راجعتك ، أو أعدتك ونحو ذلك لأن الرجعة رد الزوجة إلى الحالة الأولى .

وقد اختلف الأحناف فى الرجعة بلفظ النكاح والتزويج إلى رأيين :

أحدهما – أن المطلق رجعياً إذا قال لمطلقته نكحتك أو تزوجتك كان ذلك منه رجعة – وقيل إن هذا ظاهر الرواية – لأن النكاح وإن كان ثابتاً حقيقة ، لكن الحل لا يحتمل الإثبات – فيجعل مجازاً عن استيفاء اتلثابت ، لما بينهما من المشابهة ، تصحيحاً لتصرفه بقدر الإمكان ، خصوصى وأنه قد قيل فى تفسير قوله تعالى " وبعولتهن أحق بردهن فى ذلك " أى أزواجهن أحق بنكاحهن فى العهدة من غيرهم من الرجال ، والنكاح المضاف إلى المطلقة رجعياً ، فدل على ثبوت الرجعة بالنكاح .

الثانى – روى عن أبى حنيفة أنه قال الرجعة بألفاظ النكاح أو الترويح . لا تكون رجعة ، لأن النكاح بعد الطلاق الرجعى قائم من كل وجه ، فكان قول المطلق رجعياً " نكحت إثبات الثابت " وأنه محال ، فلم يكن مشروعا ، فكان ملحقاً بالعدم شرعاً ، فلم يكن رجعة .

أما الفعل الدال على الرجعة ، فمنعه الجماع أو مس عضو من أعضاء المطلقة بشهوه .

وعند الشافعية لا تثبت الرجعة إلا بالقول .

ثانياً : الطلاق البائن

الطلاق البائن نوعان : طلاق بائن بينونة صغرى ، وطلاق بائن بينونة كبرى .

أولاً : الطلاق البائن بينونة صغرى

هذا النوع من الطلاق لا يستطيع الزوج بعده مراجعة مطلقته إلى الزوجية إلا برضاها ، بمعنى أن يتقدم لها خاطباً ، ويكون لها مطلق الحرية – تقبله زوجاً أو لا تقبله . ويكون قبولها رداً على إيجاب منه ، ولذلك يقول الفقهاء فى المطلقة طلاقاً بائناً بينونة صغرى لا تحل لمطلقها إلا بعقد – من إيجاب وقبول – ومهر جديدين . وسبب ذلك أن الطلاق البائن بينونة صغرى يزيل الملك فى الحال ، بمجرد صدوره ، ولا يبقى للزوجية بعده من أثر سوى العدة ، وما يتعلق بالعدة . إلا أن هذا الطلاق لا يزيل الحل ، أى لا يزيل حل عودة مطلقها للزواج بها ، سواء كان ذلك فى أثناء عدتها منه ، أو بعد انتهائها . وقد نصت المادة ٢٤٧ من الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية على المذهب الحنفى أن الطلاق البائن بينونة صغرى لا يزيل الحل ، فلا تحرم المبانة بما دون الثلاث على مطلقها ، بل له أن يتزوجها فى العدة وبعدها ـ، إنما لا يكون ذلك إلا برضاها وبعقد ومهر جديدين ، ويمنع غيره من نكاحها فى العدة .

حالات الطلاق البائن بينونة صغرى

إذا كان الأصل أن كل طلاق رجعياً إلا أن الطلاق البائن بينونة صغرى له حالات :

١) **الطلاق قبل الدخول بالزوجة** . الزوجة التى طلقت قبل الدخول بها يقع طلاقها بائناً بينونة صغرى ، ولا عدة عليها . قال تعالى " يا أيها الذين

أمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن ، فما لكم عليهن من عدة تعتدونها ... " هذه المطلقة يجوز لمن طلقها أن يتقدم لها خاطباً مرة ثانية ويعقد عليها – إذا رضيت – بعقد ومهر جديدين .

٢) **الطلاق بعد الخلوة** . إذا طلق الرجل بعد الخلوة الصحيحة ، وقبل الدخول الحقيقى ، فالرأى عند الجمهور بوقوع الطلاق بائناً إلى لا عدة ، وسبب ذلك عدم الدخول الحقيقى . غير أن الأحناف قالوا بوجوب العدة عليها – بسبب الخلوة – للاحتياط . هذه العدة الاحتياطية لا يثبت فيها للزوج حق الرجعة . وفى بيان ذلك يقولون " لو خلا بها خلوة صحيحة ، ثم طلقها صريح الطلاق وقال لم أجامعها ، كان طلاقا بائناً حتى لا يملك مراجعتها ، وإن كان للخلوة حكم الدخول ، لأنها ليست بدخول حقيقى ، فكان هذا الطلاق قبل الدخول حقيقة ، فكان بائناً " [١]

والخلوة الصحيحة هى أن يجتمع الزوجان فى مكان آمن من اطلاع الغير عليهما بدون إذنهما ، وأن يكون الزوج بحيث يتمكن من الوطء بلا مانع حسى – كالمرض – أو مانع طبيعى – كوجود ثالث – أو مانع شرعى – كحيض أو صوم فرض .

الخلوة الصحيحة تثبت باعتراف الزوج ، والبينة ، وبالقرائن القاطعة . وإذا ثبتت الخلوة الصحيحة وجب جميع المهر المسمى والعدة . قال تعالى " وكيف تأخذونه ، وقد أفضى بعضكم إلى بعض " والإفضاء عبارة عن الخلوة ، فإذا وجدت نهى الله عن استرداد المهر .

إذا طلق الزوج زوجته وقال طلقتها قبل الدخول والخلوة ، وقالت هى بعد الخلوة ، فالقول قولها فى وجوب العدة عليها ، وقوله فى المهر والسكنى

---

[١]) البدائع للكاساني جزء ٣ ص١٠٩ .

فى العدة ، وفى حل بنتها وأربع سواها ، وأختها للحال . والبينة بينتها ، فقد جاء فى الأشباه أنه إذا اختلف الزوجان فى الوطء فالقول لنا فيه . ثم قالت طلقنى بعد الدخول ولى كمال المهر ، وقال قبله ولك نصفه ، فالقول لها فى وجوب العدة عليها ، وله فى المهر والسكنى فى العدة . وفى حل بنتها وأربع سواها وأختها للحال . وهذا الذى أورده صاحب الأشباه يؤيده ما يأتى :

أ) إن القول قول من يشهد له الظاهر ، وهو شاهد للنافى .

ب) إن البينات إنما شرعت للإثبات لا للنفى ، إذ لو كان القول قولها فى المهر والسكنى فى العدة ، لكانت البينة بينته ، على عدم الدخول – عندما قالت طلقنى بعد الدخول – فتكون البينة قائمة على النفى الذى لا يحيط به علم الشاهد .

ج) التحليف إنما يكون على النفى لا على الإثبات ، إذ لو كان القول قولها ، لكان عليها اليمين ، ويكون حلفها على أنه خلا بها . وذلك حلف على الإثبات ، فإنه لا يسلم ، لأن القول قول الزوج فى المهر والسكنى .

قيل بأنه إذا قالت المرأة طلقنى زوجى بعد الدخول ، وقال هو قبل الدخول ، فالقول قولها لإنكارها سقوط نصف المهر . وقيل القول قوله لأنه ينكر وجوب الزيادة فى المهر على النصف ، وقد استظهر – ابن عابدين بأن القول للزوجة لأن المهر يجب بنفس العقد ، والدخول أو الموت مؤكد له ، والطلاق قبلهما منصف له ، فسبب وجوب الكل متحقق ، والمنصف له عارض ، والمرأة تنكر العارض ، وتتمسك بالسبب المحقق الموجب لكل المهر ، ولذا ثبتت لها المطالبة بتمام المهر قبل الدخول ، ولا يعود نصف المهر المقبوض إلى ملك الزوج بالطلاق قبل الدخول إلا بقضاء القاضى أو

الرضاء ، ولا ينفذ تصرفه فيه قبل ذلك ، وينفذ تصـرف المـرأة فيـه . والزوج وإن أنكر الزيادة – على النصف – لكنه مقر بسببها .

والرأى الصحيح ما ذهب إليه صاحب الأشباه من أن القول قول الزوجة فى وجوب العدة عليها ، وقول الزوج فى المهر والسكنى فى العدة ، وفى حل بنتها أربع سواها وأختها للحال ، ذلك أن القول لنافى فى الوطء ، وهو من فروع الأصل ، لأن الأصل عام .

ثانياً : الطلاق على مال

الطلاق الواقع من الزوج على مال يأخذه من زوجته ، يكون طلاقاً بائناً . سبب ذلك أن الزوج يأخذ المال من زوجته عوضاً عن الطـلاق ، وهـى تدفع العوض لكى تملك أمرها ، وتمنع الزوج من مراجعتها بدون رضاها . ولذلك يقول الأحناف إن الطلاق على مال معاوضة المال بالنفس ، وقـد ملك الزوج أحد العوضين بنفس القبول – فتملك هى العوض الآخر ، وهو نفسها تحقيقا للمعاوضة المطلقة ، ولا تملك نفسها إلا بالبائن ، فكان الواقع طلاقاً بائناً .[1]

المادة الخامسة من القانون ١٩٢٩/٢٥ وضعت القاعدة بأن كل طلاق يقـع رجعياً واستثنت عدة حالات يكون الطلاق فيها بائناً منها الطلاق على مال . مع ملاحظة أن النص لم يقيد الطلاق على مال بأن يكون المـال ثابتـاً قضاء . فالزوجة تبين من زوجها بادعائه طلاقها على مال ، ولو لم يثبت هذا المال ، لأن ادعاءه فيه بأن الطلاق على مال ، ولا مناص من أن ينفذ اعترافه ، والمقر يؤخذ بإقراره شرعا فى حق نفسه ، وليس للمـرأة حـق متعلق بأن الطلاق بائن أو رجعى ، لأن الطلاق غير متوقف على إرادتها

[1]) البدائه للكاسانى جزء ٣ ص١٠٩ .

أو موافقتها . فإقرار الرجل بحصول الطلاق على مال إقرار مطابق لحكم القانون ، وعدم تمكنه من إثبات المال ليس معناه القطع بعدم حصوله في الواقع حتى يعتبر كاذباً في إقراره . وقد قضى بأنه إذا ادعى الزوج الطلاق على البراءة من النفقة ، وأنكرته الزوجة ، كان للمحكمة أن توجه اليمين إلى الزوجة من تلقاء نفسها لأن هذا من حق الله تعالى ، لما يترتب على الطلاق على البراءة من آثار ، غير الآثار المترتبة على الطلاق المجرد من حل وحرمة ، فإن الطلاق على البراءة يقع بائناً ، ولا تحل به المطلقة إلا بعقد ومهر جديدين ولا كذلك الطلاق المجرد من المال فإنه يقع رجعياً ، والزوجية فيه قائمة حكماً ، وله حق الاستمتاع بها كزوجة من غير عقد ومهر جديدين ، لأن له الرجعة .

ثالثاً : الطلاق الذى يوقعه القاضى

الطلاق الذى يوقعه القاضى بناء على طلب الزوجة يقع بائناً – إلا التطليق لعدم الإنفاق فيقع رجعياً . وسوف نبين ذلك فيما بعد .

حكم الطلاق البائن بينونة صغرى

١) زوال الملك فى الحال بمجرد صدوره ، فتنقطع الرابطة الزوجية ، فلا يحل للمطلق أن يستمتع بمطلقته وهى فى عدتها من هذا الطلاق ، ولا أن يختلى بها ، ولا يكون له حق مراجعتها إلا بعقد ومهر جديدين ، وسبب ذلك هو أن الطلاق أنهى علاقة الزوجية فى الحال .

الطلاق البائن بينونة صغرى ، وإن كان يزيل الملك ، إلا أنه لا يزيل الحل – بمعنى أن المطلق يمكنه أن يتزوج مطلقته – إن قبلت – من جديد سواء كانت العدة ، أم خرجت منها .

٢) لا يجوز للمطلق أن يراجع مطلقته فى العدة .

٣) يحل بالطلاق البائن مؤخر الصداق عند الأحناف .
٤) لا توارث بين الزوجين إذا مات أحدهما فى العدة .
٥) نقصان عدد الطلقات التى للزوج على زوجته .

ثانياً : الطلاق البائن بينونة كبرى

من حكمة الشارع الحكيم أنه جعل بينونة الطلاق صغرى وكبرى . وجعل الصغرى مرتين ، يعقبها بينونة كبرى تزيل الملك والحل معاً عقب الطلاق ، وتنقطع العلاقة الزوجية ولا تعود بينهما ولو أرادا ، أو اتفقا عليها ، إلا إذا تزوجت هذه المطلقة بزوج آخر ، زواجاً شرعياً فيه دخول حقيقى – وطء – ثم يقع بينهما الطلاق شرعاً ، ثم تنتهى عدتها ، من هذا الوقت تكون هذه المرأة حلا يجوز لمطلقها الأول أن يتقدم لها خاطباً – تقبله أو لا تقبله .

ويترتب على الطلاق البائن بينونة كبرى نفس آثار الطلاق البائن بينونة صغرى ، ويزيد أنه يمنع الرجعة سواء بالمراجعة أو الزواج بعقد ومهر جديدين فهو يزيل الحل ، لأن الله عز وجل قال " فلا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره . ولا يخفى أن قول الله عز وجل " تنكح زوجاً " فيه أمر بأن يكون النكاح صحيحاً شرعياً متوافرا فيه أركانه وشروط صحته وشروط نفاذه . ثم يترك الزوج زوجته وتنتهى عدتها منه بالطريق الشرعى أيضاً ، ثم بعد ذلك يجوز أن يتقدم المطلق الأول لها خاطباً .

النكاح الذى تحل به المطلقة بائناً بينونة كبرى

إن منهج السماء فى بيان أحكام الزواج ، وأحكام إنهائه ، هو منهج العزيز الحكيم العالم بطباع خلقه ، يرسم كيف ينهى العبد ما رسمه ربه . قال تعالى " الطلاق مرتان ، فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ، ولا يحل

لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله ، فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود فلا تعتدوها ، ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون . فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره ، فإن طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا إن ظنا أن يقيما حدود الله ، وتلك حدود الله يبينها لقوم يعلمون " نعم يبينها لقوم يعلمون . هاتان الآيتان بينتا أن الطلاق مرتان ، فى كل مرة إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ، بمعنى أن كل طلقة للزوج أن يعود بعدها لزوجته – بالمراجعة فى الطلاق الرجعى الذى هو الأصل – وإما بعقد ومهر جديدين إذا بانت زوجته . فإن طلق بعد ذلك مرة ثالثة فلا تحل له امرأته حينئذ إلا بعد أن تتزوج زوجاً غيره ، ويدخل بها دخولاً حقيقياً فى زواج صحيح ، ثم يفارقها بطلاق أو موت ، ثم تنتهى عدتها . فى هذه الحالة يكون لمطلقها الأول أن يتقدم لها خاطباً ، ولها أن تقبل به زوجاً أو لا تقبل . هذه الأحكام يقول الله عنها " تلك حدود الله فلا تعتدوها ، ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون " وحدود الله يبينها لمن يؤمن بشرع الله ، ويريد العلم به .

معالم الزواج الثانى الذى أشار إليه قول الله عز وجل " تنكح زوجاً غيره "

١) أن يكون زواجاً صحيحاً شرعاً ، من أجل ذلك يقول الفقهاء ، إن الزواج الفاسد لا يحصل به حل المرأة المبانة بينونة كبرى لمن أبانها ، لأنه لا يسمى زواجاً كما أراده الله بالنص . كما يتعين أن يكون الزواج صحيحاً فى ظاهره وباطنه ، بأن يكون مستوفياً شروط صحته ونفاذه ، وأن المقصود منه أغراض الزواج وليس مجرد تحليل المطلقة لمن طلقها .

ما هو الحكم إذا تزوج الزوج الثانى بشرط أن يحلل للزوج الأول ؟

قال أبو حنيفة والشافعى يجوز نكاح المحلل إذا تزوج المرأة على شرط أن يحللها لزوجها الأول ، لأن الله تعالى قال " حتى تنكح زوجاً غيره " وهذا الزوج ناكح ، وليس فى تحريم قصد التحليل ما يدل على أن عدمه شرط فى صحة النكاح .

وقال مالك إن هذا الشرط يفسد النكاح سواء كان قبل الدخول أو بعده . والشرط فاسد لا تحل به ، ولا يعتبر عند مالك إرادة المرأة التحليل ، وإنما يعتبر عنده إرادة الرجل تحليلها للزوج الأول . واستدل مالك بقول رسول الله الكريم " لعن الله المحلل والمحلل له " فاللعن هنا يدل على النهى ، والنهى يدل على فساد المنهى عنه ، واسم النكاح الشرعى لا ينطبق على النكاح المنهى عنه .

٢) أن يدخل الزوج الثانى بها دخولاً حقيقياً بعد العقد الصحيح ، ويقصد بالدخول الحقيقى هنا أن يكون فيه وطء من الزوج الثانى . مؤدى هذا ان مجرد العقد الصحيح شرعاً لا يكفى لحل المرأة المبانة بينونة كبرى لمن أبانها . فقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل وهو على المنبر عن رجل طلق امرأته ثلاثا ، فتزوجها غيره ، فأغلق الباب ، وأرخى الستر ، وكشف الخمار ، فقال عليه الصلاة والسلام " لا تحل للأول حتى تذوق عسيلة الآخر ويذوق عسيلتها " وروى عن عائشة رضى الله عنها أن رفاعة القرظى تزوج امرأة ثم طلقها فبت طلاقها ، فتزوجت آخر فأتت النبى صلى الله عليه وسلم فذكرت له أنه لا يأتيها ، وأنه ليس معه إلا مثل هُدْبَة ، فقال لا حتى تذوقى عسيلته ويذوق عسيلتك .

يقول الكاساني في البدائع " إن الحرمة الغليظة إنما تثبت عقوبة للزوج الأول بما أقدم على الطلاق الثلاث الذى هو مكروه شرعاً ، زجراً له ، ومنعاً له عن ذلك ، ولكن إذا تفكر فى حرمتها عليه إلا بزوج آخر ، الذى تنفر منه الطباع السليمة إنزجر . ومعلوم أن العقد بنفسه – بدون دخول حقيقى فيه وطء – لا تنفر منه الطباع السليمة ، ولا تكرهه ، فكان الدخول شرطاً فيه ، ليكون زجراً له ، ومنعاً من ارتكابه .

وقال مالك : لا يُحل المطلقة إلا الوطء المباح الذى يكون فى العقد الصحيح فى غير صوم أو حج أو حيض أو اعتكاف . غير أن الشافعى وابا حنيفة والثورى يقولون " يحل الوطء ، وإن وقع فى عقد فاسد ، أو فى وقت غير مباح .

٣) أن يكون الزواج بعد انتهاء عدة الزوج الثانى ، وهذا شرط فى كل زواج .

***

الإسلام بضوابطه السابقة لا يعرف ما يسمى بزواج المحلل ، فهذا تعبير شاع بين الناس ليس له أصل شرعى ، وقد ورد عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال " لعن الله المحلل ، والمحلل له " بل روى أن الرسول سماه التيس المستعار . وكان الصحابة يعدون ذلك سفاحاً .

يقول ابن قيم الجوزية " فى هذه الأزمان التى قد شكت الفروج فيها إلى ربها من مفسدة التحليل وقبح ما يرتكبه المحللون ، مما هو رمد ، بل عمى فى عين الدين ، وشجى فى حلوق المؤمنون : من قبائح تشمت أعداء الدين به ، وتمنع كثيراً ممن يرون الدخول فيه بسببه ، بحيث لا يحيط بتفاصيلها خطاب ، ولا يحصرها كتاب ، يراها المؤمنون كلهم من أقبح القبائح ،

ويعدونها من أعظم الفضائح ، قد قلبت من الدين رسمه ، وغيرت منه اسمه ، وضمخ التيس المستعار فيها المطلقة بنجاسة التحليل ، ورغم أنه قد طيبها للحليل ، فيا لله العجب !! أي طيب أعارها هذا التيس الملعون ، وأي مصلحة حصلت لها ، ولمطلقها بهذا الفعل الدون "[١]

مسألة الهدم

يقصد بالهدم هنا الأثر الذى يترتب على زواج المرأة المطلقة بزوج آخر ثن تعود إلى زوجها الأول بزواج جديد – هل تعود إليه بما بقى له من الطلقات الثلاث واحدةأو اثنتين – أم تعود إليه بحلا جديد – أى ثلاث طلقات .

اتفق الفقهاء على أن المطلقة رجعياً إذا راجعها زوجها والبائن بينونة صغرى إذا عقد عليها زوجها عقداً جديد قبل أن تتزوج بغيره ، تعود إليه بما بقى له من الطلقات الثلاث واجحدة أو اثنتين .

واتفق الفقهاء أيضاً على أ، الزوجد الثانى بعد الطلاق الثلاث يهدم طلاق الزوج السابق – بمعنى لأن هذا الأخير إذا تزوج امرأته بعد تطليقها أو وفاة الزوج الثانى عنها – تعود إليه بطلقات ثلاث – أى بحل كامل ، وسبب ذلك أن وطء الزوج الثانى بهدم الطلقات الثلاث الصادرة من الزوج الأول ، فيثبت له حل جديد ويزول الحل الأول .

وقد اختلف الفقهاء فيما إذا الزواجد الثانى يهدم ما دون الثلاث تطليقات إلى رأيين :

الراى الأول – قال به المالكية والشافعية والحنابلة ومحمد وزفر من الأحناف – قالوا إن الزواج الثانى لا يهدم ما صدر من الزوج الأول من

---

[١]) إعلام الموقعين لابن قيم الجوزية جزء ٣ ص٣٤ . حيث أطال فى ذم زواج المحلل .

طلقة واحدة أو طلقتين بمعنى أن المطلقة إذا تزوجت بأخر قبل طلقة ثالثة من زوجها الأول ، ثم عادت إليه بنكاح جديد ، فإنها تعود إليه ببقية الثلاث طلقات ، فقد روى مالك عن ابن شهاب أنه قال سمعت سعيد بن المسيب ، وحمير بن عبد الرحمن بن عوف وعبد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود ، وسلمان بن يسار كلهم يقول : سمعت أبا هريرة يقول : سمعت عمر بن الخطاب يقول " أيما امرأة طلقها زوجها تطليقة أو تطليقتين ثم تركها حتى تحل وتنكح زوجاً غيره ، فيموت عنها أو يطلقها ، ثم ينكحها زوجها الأول ، فإنها تكون عنده على ما بقى من طلاقها . وقال مالك وعلى ذلك السنة عندنا لاتى لا اختلاف فيها .

الرأى الثانى - قال به أبو حنيفة وأبو يوسف ومعها الإمامية فى أشهر روايتين عندهما . أن الزوج الثانى يهدم الطلقة أو الطلقتين الصادرتين من الزوج الأول - فإذا تزوجها بعد الزوج الثانى فإنها تعود إليه بطلقات ثلاث أى بحل جديد . وهو قول شريح وعطاء وميمون بن مهران وعبد الله بن عباس . وقد روى ابن عيينه عن عمر عن طاووس عن ابن عباس فى رجل آخر ، ثم طلقها تطليقة أو تطليقتين فانقضيت عدتها ، فتزوجها رجل آخر ، ثم طلقها أو مات عنها ، فتزوجها الأول . قال هى عنده على ثلاث . وروى عن ابراهيم أنه قال " إن كان الآخر - الزوج الثانى - دخل بها فنكاح جديد ، وطلاق جديد ، وإن لم يكن دخل بها ، فهى على ما بقى من طلاقها . وابن عمر قال هى عنده على طلاق جديد .

الباب الثانى

التطليق

الباب الثانى

التطليق

المقصود بالتطليق هو التفريق بمعرفة القاضى فقد جعل الإسلام الطلاق بيد الرجل الذى سعى إلى بناء الزوجية ، وفى نفس الوقت شرع التطليق للأخذ بناصر من يلحقه الأذى والضرر من الزوجات إذا كانت الإساءة آتية من الزوج ، حتى لا تقوم العلاقة الزوجية على الضرر ، والتنافر ، ويكون التفريق هو الخير ، من الإمساك مع الضرر . فإذا اثبت الضرر أمام القاضى وجب عليه التفريق .

والتطليق الذى يوقعه القاضى ، إنما يوقعه نيابة عن الزوج الذى يمسك زوجته بغير معروف ، ولا يعاشر بإحسان ، ولذلك يقال " طلق عليه القاضى "

وأسباب التطليق فى القانون متعددو . نعرضها فى المباحث التالية حسب أسبابها الواردة بالقانون ١٩٢٠/٢٥ ، ١٩٢٩/٢٥ ومرتبة بالترتيب الوارد بهما .

***

المبحث الأول

التطليق لعجز الزوج عن الإنفاق على زوجته

بين القانون رقم ١٩٢٠/٢٥ ببعض أحكام الأحوال الشخصية ، أحكام التطليق على الزوج فى حال عدم إنفاقه على زوجته ، فنص بالمواد الرابعة والخامسة والسادسة منه على ما يأتى :

مادة – ٤ إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته ، فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة فى ماله ، فإن لم يكن له مال ظاهر ، ولم يقل

إنه معسر أو موسر ، ولكن أصر على عدم الإنفاق ، طلق عليه القاضى فى الحال . وإن ادعى العجز ، فإن لم يثبته طلق عليه حالا ، وإن أثبته ، أمهله مدة لا تزيد على شهر ، فإن لم ينفق طلق عليه بعد ذلك "

مادة – ٥ إذا كان الزوج غائباً غيبة قريبة ، فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة فى ماله ، وإن لم يكن له مال ظاهر ، أعذر إليه القاضى ، وضرب له أجلاً ، فإن لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها ، أو لم يحضر للإنفاق عليها ، طلق عليه القاضى بعد مضى الأجل .

فإن كان بعيد الغيبة لا يسهل الوصول إليه ، أو كان مجهول المحل ، أو كان مفقوداً وثبت أنه لا مال له تنفق منه الزوجة طلق عليه القاضى "

وتسرى أحكام هذه المادة على المسجون الذى يعسر بالنفقة .

مادة – ٦ تطليق القاضى لعدم الإنفاق يقع رجعياً . وللزوج أن يراجع زوجته إذا ثبت إيساره ، واستعد للإنفاق فى أثناء العدة ، فإن لم يثبت إيساره ، ولم يستعد للإنفاق لم تصح الرجعة .

***

التعريف بالتطليق لعدم الإنفاق

كان العمل فى مصر قبل القانون ١٩٢٠/٢٥ بالمذهب الحنفى الذى لا يجعل للقاضى التطليق على الزوج إلا لعيب فيه ، وكان يقتصر على العيوب التناسلية وهى الجَبُّ والخِصَاءُ والعُنَّةُ . والإمام محمد صاحب أبو حنيفة يزيد على هذه العيوب – الجنون والجزام والبرص . وقد استمر القضاء فى تطبيق هذا المذهب حتى صدر القانون سالف الذكر ، وأخذ من المذاهب الأخرى أحكام التطليق لعدم الإنفاق ، فوسع به أحكام التفريق الذى يملكه القاضى بناء على طلب المرأة . وكان مذهب الإمام مالك هو

مصدر القانون فى ذلك ، لأن التطليق لعدم الإنفاق ليس إجماعاً بين الفقهاء ، وإنما اختلفوا فى جواز طلب الزوجة التطليق على زوجها لعدم الإنفاق عليها ، وفى سلطة القاضى فى إيقاع الطلاق عليه .

رأى الفقة فى تطليق القاضى على الزوج لعدم الإنفاق على الزوجة

يوجد فى الفقة رأيان بالنسبة للتطليق لعدم الإنفاق : رأى يقول به جمهور الفقهاء – وهم مالك والشافعى وأحمد . ورأى يقول به الأحناف .

أولاً : رأى جمهور الفقهاء يقول هذا الرأى بجواز طلب الزوجة التطليق على زوجها لعدم إنفاقه عليها ، ويجب على القاضى إذا ثبت له ذلك أن يقضى بتطليقها على زوجها . وعند هذا الرأى خلاف فى التفصيلات ، وليس فى المبدأ . ولذا نعرض نعرض أقوال المذاهب الثلاثة .

يقول الدردير [1] من المالكية : للزوجة الفسخ بطلقة رجعية إذا عجز عن نفقة حاضرة ، لا ماضية ، بصيرورة الماضية ديناً فى ذمته " بمعنى أن لها طلب الفسخ والقيام به ، رفعه إلى القاضى لا أن توقع الفسخ هى ، لأن الفرقة تطليق من القاضى .

والشافعية يقولون " إذا أعسر الزوج بنفقة زوجته ، فإن صبرت صارت دينا عليه ، وإن لم يفرضها القاضى ، وإلا بأن لم تصبر فلها الفسخ على الأظهر . [2]

وابن قدامه الحنبلى يرى أن الرجل إذا منع امرأته النفقة لعسرته ، وعدم ما ينفقه ، فالمرأة مخيرة بين الصبر عليه ، وبين فراقه . [3]

---

[1]) الشرح الكبير للدردير حزء ٢ ص٥١٨ .
[2]) المغنى لابن قدامه جزء ٧ ص٥٨٣ .
[3]) مغنى المحتاج جزء ٣ ص٤٤٢ .

هذا التفريق من الفقهاء أجاز للزوجة - إذا طالبت زوجها بالنفقة ، وامتنع عن الإنفاق - أن تطلب من القاضى التطليق عليه لعدم الإنفاق . وقد أسند الجمهور إلى العديد من الأدلة وهى :

١) أن الله تعالى يقول " فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان " ومما لا شك فيه أن إمساك الزوجة وعدم الإنفاق عليها ليس إمساك بمعروف ، فيتعين التسريح .

٢) قال تعالى " ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا " والإمساك مع عدم الإنفاق أشد أنواع الضرار .

٣) قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " لا ضرر ولا ضرار " والإمساك مع عدم الإنفاق مضارة ، وعلى القاضى أن يزيل الضرر ، بفك عقدة النكاح التى أصبحت ضرراً لا مصلحة فيها .

٤) يقول الشافعى " إن من حق الزوجة على زوجها أن يعولها ، ومن حقه أن يستمتع بها ، فاحتمل إذا لم يجد ما ينفق أن تخير المرأة بين المقام معه ، وفراقه ، فإن اختار فراقه فهى فرقة بلا طلاق . [1]

٥) ثبت أن عمر بن الخطاب كتب إلى أمراء الأجناد ، فى رجال غابوا عن نسائهم ، يأمرهم أن يخبروهم أن ينفقوا أو يطلقوا ، فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما حبسوا . [2]

٦) إن القاضى يفرق بين الرجل وزوجته إذا ثبت لديه عيب من العيوب التى تتصل بالقربان والمباشرة من جَبٍ وخِصاءٍ وعُنَّةٍ ، للظلم فى بقائها معه على هذه الحال ، والظلم يكون أشد إذا أبقاها مع عدم إنفاقه عليها ، ولذلك كان التفريق لعدم الإنفاق الزم من التفريق لعدم القربان .

---

[1]) الأم للإمام الشافعى جزء ٥ ص٩١ .
[2]) البيهقى فى سننه الكبرى جزء ٧ ص٤٦٩ .

ثانياً : رأى الأحناف

يرى الأحناف عدم جواز تطليق الزوجة على زوجها لعدم إنفاقه عليها ، وبين فقاؤهم أن من اعسر بنفقة امرأته ، لم يفرق بينهما ، ويقال لها استدينى عليه . صاحب الفتاوى الهندية يقول " لا يفرق بعجزه عن النفقة ، وتؤمر بالاستدانة عليه " واحتج الأحناف بالعديد من الأدلة أيضاً .

١) قال تعالى " وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة " هذه الآية تضع قاعدة عامة لكل من أعسر ، والزوج إذا أعسر فهو مدين بالنفقة ، والله يأمر بالنظر إلى ميسرة .

٢) إن فى إبطال النكاح إبطال للزوجية ، وفى إلزام الزوجة بالانتظار والصبر مع وصول حقها بالاستدانة على الزوج ، لا يترتب عليه بطلاق حقها ، بل تأخيره ، وما دام الأمر يصل إلى إبطال حق الزوج ، فإن تأخير حق الزوجة – وليس إبطاله – أولى .

٣) أن الله تعالى لم يكلف الزوج على الإنفاق ، إذا لم يقدر عليه ، ولم يجز التطليق بسبب العجز عن الإنفاق وإنما قال " ولينفق ذو سعة ، ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله ، لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاها سيجعل الله بعد عسر يسرا .

٤) على الرغم من أن أصحاب رسول الله – صلى الله عليه وسلم – كان منهم الغنى والفقير فلم يرد عن رسول أنه مكن امرأة من فسخ النكاح بإعسار زوجها .

ذهب الجعفرية والظاهرية إلى ما ذهب إليه الأحناف من عدم جواز التفريق لعدم الإنفاق ، بل إن الظاهرية قالوا إذا كانت الزوجة موسرة وزوجها معسر لا يستطيع الإنفاق ، كان عليها الإنفاق دون أن ترجع عليه

أخذ القانون بالتطليق لعدم الإنفاق من مذهب الإمام مالك والشافعى وأحمد وكل موضع فيه خلاف بينهم بشأن التفريق لعدم الإنفاق كان حكم القانون متفقاً مع مذهب الإمام مالك .

وصف الفرقة لعدم الإنفاق

اختلف الفقهاء القائلون بالتطليق على الزوج لامتناعه عن الإنفاق على زوجه ، فى وصف هذه الفرقة .

أ) قال الشافعية – أن التفريق هنا فسخ وليس طلاقا ، وإلى هذا ذهب الحنابلة إذ يقول صاحب المغنى " إذا ثبت الفسخ بالعجز عن الوطء والضرر فيه أقل ، لأنه هو فقد لذة الشهوة يقوم البدن بدونها ، فلأن يثبت الفسخ بالعجز النفقة التى لا يقوم البدن إلا بها أولى .

وطبقاً لهذا الرأى لا ينقص الفسخ من عدد الطلقات التى للزوج على زوجته ، فإذا فسخ النكاح لعدم الإنفاق ، وأعاد الرجل المرأة له بنكاح جديد ، تعود له بعدد الطلقات التى كانت له قبل الفسخ .

ب) قال المالكية ، إن الفرقة لعدم الإنفاق ، فرقة بطلاق ، وهو طلاق رجعى ، يكون للرجل أن يراجع زوجته فى عدتها – إذا تحقق يساره ، وبهذا أخذ القانون ١٩٢٠/٢٥ إذا نصت المادة السادسة منه على أن " تطليق القاضى لعدم الإنفاق يقع رجعياً ، وللزوج أن يراجع زوجته إذا ثبت يساره ، واستعد للأنفاق أثناء العدة " ومؤدى هذا أن القانون اشترط لصحة الرجعة فى خلال عدة الطلاق لعدم الإنفاق ما يأتى :

١) أن يثبت يسار الزوج ، بحيث يظن قدرته على إدامة الإنفاق على زوجته نفقة مثلها ، ويشترط فى اليسار أن يكون بقدر ما يجب من نفقة لمثلها على مثله .

وقد اختلف فى قدر الزمان الذى إذا أيسر فيه الزوج بالنفقة كان لـــه حــق الرجعة ، فقيل شهر ، وقيل نصف شهر ، وقيل يوم ، ولكــن ينبغــى أن تؤول هذه الأقوال على ما إذا ظن أنه يقدر على إدامة النفقة بعد ذلك .

لا يملك الزوج الرجعة إلا بيساره ، فإذا وجد يساراً ينقص عن واجب مثلها فلا نفقة لها ، ولا يملك بذلك رجعتها . (١)

٢) استعداد الزوج للإنفاق على زوجته نفقة مثلها – فى أثناء العدة – يقول المالكية " وله الرجعة فى المدخول بها إن وجد فى العدة يسارا يقوم بواجب مثلها عادة لا دونه ، فلا تصح له الرجعة .

المطلقة لعدم إنفاق الزوج عليها لها عليه النفقة وهى عدتها منه ، إذا وجد يسارا ، ولو لم يراجع ، لأنها زوجة حكماً وهى فى العدة .

إذا لم يتوافر الشرطان السابقان ، لم تصح الرجعة . وتقدير استعداد الزوج للإنفاق على زوجته – فى أثناء العدة – أمر يدخل فـــى نطـــاق الســـلطة التقديرية لقاضى الموضوع يقدره بحسب ظروف الدعوى . وقد قضى بأن اليسار لا يثبت بمجرد عرض نفقة شهر بعد الامتنـــاع أشـــهرا ، وبعـــد خصومة وقضاء ودفاع ودفوع ، وامتناع وثبوت إعسار . وقضى بأنـــه لا اعتبار لتقديم النفقة بعد أن فوت المستأنف على نفسه مدة الأجل المضروب له أمام محكمة أول درجة . كما قضى بأنه لا يكفى لصحة الرجعة – بعد التطليق لعدم الاتفاق – أن يراجع فى العدة رجعة صحيحة بالقول أو بالفعل فقط ، بل لابد أن يثبت اقتداره على الإنفاق ، وينفق فعلاً ، وإلا لم تصـــح الرجعة قضاء . فإذا لم يفعل ذلك يظل سبب التطليق – وهو الإعســـار أو عدم الإنفاق – قائماً ، فإذا قيل بصحة الرجعة – رغم ذلك وردت المـــرأة

---

١) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جزء ٢ ص٥١٩ .

إلى زوجها بمجرد القول أو الفعل فى العدة ، كان معنى ذلك إهدار الحكـم شرعى .

هذا ويلاحظ أن الزوجة لا تطلق على زوجة لعدم الاتفاق إذا كان لها كفيل موسر له مال ظاهر ، لأن غاية القانون من التطليق للإعسار ، هو عـدم إرهاق الزوجة وتركها مقيدة بأغلال لا تستطيع معها الوصول إلى ما تنفق

***

إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته ، وطالبته بالإنفاق ، فـلا يخلـو الأمر من أحد فرضين :

الأول : ألا يكون له مال ظاهر . فى هذه الحالة

١) قد يدعى الزوج ملاعته ، ولكنه يمتنع عن الإنفاق على زوجته . قـال رأى بتعجيل الطلاق عليه . وقال رأى يحبس ، وإذا حبس ولم ينفق طلـق عليه القاضى حالا .

٢) ألا يجيب الزوج بعسره أو يسره ، ويصر على عدم الإنفاق – فى هذه الحالة يطلق عليه القاضى فى الحال .

٣) أن يدعى الزوج العجز عن الإنفاق على زوجته ، فى هذه الحالة :

أ) أن يثبت عجزه عن اداء النفقة ، فيتلوم له القاضى وهو المعتمد – بمعنى أن القاضى يمهله ، فإذا لم ينفق خلال المهلة طلق القاضى عليه بعدها .

ب) إذا لم يثبت عجزه عن أداء النفقة يقول له القاضى " طلّق ، أو انفـق على زوجتك فإن امتنع من الطلاق أو الإنفاق ، قال رأى يطلق القاضـى عليه حالا وهو المعتمد ، وقال رأى لا يطلق غليه وإنما يتلوم له .

الثانى : أن يكون للزج مال ظاهر

فى هذه الحالة تؤخذ النفقة من ماله – بمعنى أن القاضى يحكم بالنفقة ، ويتم التنفيذ على ماله بالطريق القانونية ، ولا يقال إن القاضى حكم بما لم تطلبه الزوجة . لأن سبب طلبها التطليق هو عدم الاتفاق ، وقد وجد القاضى له مالاً فانتفى سبب التطليق ، ووجب التمكين من هذا السبب بفرض النفقة . يقول الدردير إن للزوجة أن تطلب الفسخ بطلقة رجعية إن عجز الزوج عن الإنفاق على زوجته نفقة حاضرة ، لا ماضية ، وسبب ذلك هو صيرورة النفقة الماضية ديناً فى ذمته ، ومثل النفقة الحاضرة ، النفقة المستقبلة إذا أراد الزوج سفراً . أما النفقة الماضية فليس للزوجة أن تطلب التطليق على زوجها بسببها لصيرورتها دينا فى ذمته . إذا علمت الزوجة عند العقد ، فقر زوجها ، فليس لها طلب الفسخ ، ولزمها المقام معه بلا نفقة ، لأنها تنازلت عن خالص حقها ، واستعدت للقيام به .

هذا ويلاحظ أن المالكية يرون أن الزوجة ليس لها نفقة على زوجها فى زمن التلوم – أى مدة الإمهال ، إذا رضيت بالمقام بعد التلوم ، ثم رفعته إلى القاضى بعد ذلك فلابد من التلوم عليه ثانية .

وإذا مرض الزوج أو سجن فى أثناء التلوم – بعد إثبات العسر لا فى زمن إثباته – فيزاد زمن التلوم بقدر ما يرجى له شئ ، وهذا رُجِىَ برؤه من المرض ، أو خلاصه من السجن عن قرب . وإلا طلق عليه القاضى عند فراغ مدة التلوم التى بالاجتهاد .

المقصود بالاجتهاد – هنا – هو تقدير القاضى الزمن الذى يراه كافية للتلوم بشرط ألا يضر طولها بالزوجة .

حددت المادة الرابعة سالفة الذكر مدة الإمهال – أى مدة التلوم – بمدة لا تزيد على شهر ، ومن ثم فليس هناك مجال للاجتهاد فى الحد الأقصى لزمن التلوم ، وان يجوز للقاضى أن ينزل بهذا الحد – عن الشهر – حسبما يرى من موضوع الدعوى .

ويتعين على القاضى الرجوع إلى مذهب الإمام مالك – فى التفريق لعدم الإنفاق ، باعتباره المصدر التاريخى للنص ، وذلك لتفصيل مجملة ، وتقييد مطلقه .

شروط التطليق لعدم الإنفاق :

يشترط لطلب التطليق لعدم الإنفاق ما يأتى :

١) أن تكون العلاقة بين الرجل والمرأة قائمة على زواج صحيح شرعاً ، لأن الزواج الفاسد موجب للفسخ بذاته دون حاجة إلى طلب التفريق .

٢) أن تكون المرأة مستحقة للنفقة على زوجها ، لأن عقد الزواج قد يكون صحيحاً ، ورغم ذلك لا تستحق النفقة كما هو الحال فى نشوز الزوجة .

٣) أن ترفع الزوجة الدعوى طالبة التطليق لعد الإنفاق . فقد اتفق جمهور الفقهاء على ضرورة صدور حكم بالتطليق ، لأن مجرد عدم الإنفاق – إذا ثبت – لا يكفى للتفريق بين الزوجين ، إنما حكم القاضى هو المنشئ للتفريق ومنه تبدأ الزوجة عدتها .

التطليق لعدم إنفاق الزوج الغائب

قد يغيب الزوج عن زوجته ولا يترك لها مالا ينفق منه ، ولا نفقة ، ولا يبعث لها بنفقة . فما هو الحكم إذا طلبت زوجته من القاضى التطليق عليه ؟ اختلف الفقهاء فى هذا الخصوص .

يرى الشافعية عدم ثبوت الحق للزوجة فى فسخ النكاح إذا غاب زوجها ، ولا مال له تنفق منه زوجته ، ويقولون إن الفسخ لا يثبت لها إلا بالإعسار ، ومجرد الغيبة ليست دليلاً على الإعسار ، ولم يثبت إعساره . إلا أن هناك رأى آخر يجيز للزوجة طلب الفسخ على أساس أن تعذر النفقة – فى حال الغيبة – كتعذرها بالإعسار . (١)

ويرى الحنابلة أن من حق الزوجة أن تطلب فسخ الزواج على زوجها الغائب إذا لم يترك لها نفقة ، ولم يرسل ما تنفقه ، ولم يعثر له على مال ، ولا أمكنها الأستدانة عليه ، ولا أخذ نفقتها من وكيله – إن كان له وكيل . وإذا علم القاضى مكانه كتب إليه ليحضر للإنفاق على زوجته ، فإن علم القاضى مكانه وكتب له ، ولم يجب ، فإن القاضى يفسخ النكاح كما يقول صاحب المغنى . (٢)

وعند المالكية – يُطَلِّق على الزوج الغائب للعسر بالنفقة ، سواء دخل الزوج بزوجته أم لم يفصل ، وسواء دعى إلى الدخول بها أم لا . ولا حق للزوجة فى طلب التطليق على الزوج إذا تزوجته عالمة بإعساره ، أو رضيت بالمقام معه على هذه الحال ، لإسقاطها حقها على المشهور عندهم . (٣)

لابد فى التفريق لعدم الإنفاق ، أن تطلبه الزوجة ، وأن تصر على طلبها ، لأن طلب التفريق حقها ، فلو طلبت التفريق ثم رجعت عن طلبها ، قبل أن يفرق القاضى بينهما – لم يفرق .

---

(١) المهذب وشرحه جزء ١٧ ص١١٢ وما بعده .
(٢) المغنى لابن قدامه جزء ٧ ص٥٣٦ .
(٣) الشرح الكبير للدردير جزء ٢ ص٥٨١ .

ولابد فى التفريق لعدم الإنفاق من قضاء القاضى – عند الشافعية ومالك وأحمد ، وسبب ذلك أن الفرقة لعدم الإنفاق محل خلاف بين الفقهاء ، وقضاء القاضى يرفع هذا الخلاف .

ويقول المالكية لها الفسخ – أى لها القيام به .

هذا ويلاحظ أن المالكية يقولون إن الزوجة – إذا غاب عنها زوجها – ورفعت أمرها إلى القاضى تطلب نفقتها ، فإن القاضى يفرض لها هذه النفقة بقدر وسع الزوج وحاله ، سواء كانت مدخولاً بها أو لا لكنه لا يفرض لها النفقة إلا بعد أن يحلفها اليمين أنها تستحق النفقة على زوجها الغائب ، وأنه لم يترك لها مالا ، ولا أقام لها وكيلاً بالإنفاق عليها . [1]

***

فرقت المادة الخامسة من القانون ٢٥/١٩٢٠ بالنسبة لعجز الزوج الغائب عن الإنفاق على زوجته ، بين حالتين من الغيبة : غيبة قريبة ، وغيبة بعيدة .

أولاً : إذا كانت غيبة الزوج غيبة قريبة

فى هذه الحالة قد يكون للزوج مال ظاهر ، وقد لا يكون له مال ظاهر .

١) إذا كان الزوج الغائب غيبة قريبة مال ظاهر – فى هذه الحالة ينفذ الحكم عليه بالنفقة فى ماله . معنى هذا أن الزوجة حصلت على حكم ضد زوجها الغائب بفرض نفقة عليه . وفى هذه الحالة لا يقضى القاضى بالتطليق على الزوج لعدم الإنفاق لوجود مال ظاهر له ممكن للزوجة التنفيذ عليه بالنفقة . أو كان الزوج قد قدم لها كفيلاً بنفقتها ، ويمكنها أن تنفذ عليه بحكم النفقة . وفى هذا بين المالكية أن الزوجة إذا غاب عنها

---

[1]) الشرح الكبير للدريدر جزء٢ ص٥٢٠ .

زوجها ، ورفعت أمرها تطلب نفقتها ، فإن الحاكم – القاضى – يفرض لها ما تطلب من النفقة بقدر وسعه ، وحالها ، سواء كان مدخولاً بها أو لا ، ويكون الفرض فى ماله الحاضر ، وفى ماله الغائب ، ووديعته ، والدَّيْنِ ، بأن يقول القاضى فرضت لها كذا ، من ماله الحاضر أو المودع عند الناس ، أو من المال الذى له ديناً عند الناس ، سواء كان ذلك الدين حالاً أو مؤجلاً ، وفى الدين المؤجل يرى المالكية أن الحاكم ينفق عليها من عنده أو من قرض ، فإذا حل الدين أخذ منه ، ويكفى فى فرض النفقة فى الدين إقرار المدين به ، بلا يمين من الزوجة ، إن كان زوجها عليه ديناً . (١)

هذا ويلاحظ أنه إذا كان للزوج الغائب مال ظاهر لا يكون لزوجته أن تطلب ابتداء من القاضى التطليق على زوجها لعدم الإنفاق ، وإذا طلبت لا يجيبها القاضى إلى طلبها ، ذلك أن زوجة الغائب الذى له مال ظاهر يمتنع عليها أن ترفع الأمر إلى القاضى مباشرة طالبة التطليق لعدم الإنفاق ، وإنما يتعين عليها أن تلجأ إلى القاضى طالبة فرض نفقة لها عليه فى ماله الظاهر ، ثم تنفذ الحكم بالنفقة فى هذا المال على النحو الذى أورده النص ، أما إذا لجأت الزوجة إلى القاضى طالبة التطليق لعدم الإنفاق مباشرة ، ثم ثبت للقاضى أن للزوج الغائب مالا ظاهرا . ورفض دعواها لتخلف شرط الدعوى وهو " عدم الاتفاق " وسبب ذلك :

أ) أن الغياب بمجرده ليس سبباً للتطليق فى المادة الخامسة سالفة الذكر ، وليس دليلاً على عدم الإنفاق على الزوجة .

ب) وجود مال ظاهر لوج الغائب .

ج) إمكان تنفيذ الزوجة على مال زوجها الغائب .

---

(١) المرجع السابق .

هذا ويلاحظ – أيضاً أن لا يمكن للزوجة التى قدم لها زوجها الغائب كفيلاً بالنفقة أن ترفع دعوى بطلب التطليق لعدم الإنفاق ، قبل أن تطالب كفيلة ، وتثبت عدم قدرته على تقديم النفقة لها .

٢) إذا لم يكن للزوج الغائب مال ظاهر – أو كفيل بنفقة زوجته – يتعين فى هذه الحالة الإعذار إلى الزوج بالطريق المعروفة ، ويضرب له القاضى أجلاً كى يتولى الإنفاق على زوجته بأن يرسل لها ما تنفق منه على نفسها ، أو يحضرها ليتولى الإنفاق عليها ، فإذا مضى الأجل ، ولم يرسل ما تنفق منه زوجته ، أو لم يحضر للإنفاق عليها ، وتحققت المحكمة من وصول الإعذار إليه ، طلق عليه القاضى بعد مضى الأجل . والمفروض هنا أن الزوجة طلبت التطليق من القاضى لعدم الاتفاق ، وأصرت على طلبها ، حتى مضى الأجل الذى ضربه القاضى للزوج الغائب .

ما هو الحكم إذا تعذر وصول الإعذار إلى الزوج الغائب ؟

إذا تعذر وصول الإعذار الذى يبعثه القاضى إلى الزوج الغائب غيبة قريبة ، فقد اختلفت الآراء ، فقيل بأن الإجراءات التى تمت قبل الإعذار تعتبر ملغاة ، وتكلف المدعية بإعادة إعلان زوجها الغائب فى مواجهة النيابة العامة ، على اعتبار أن المدعى عليه معسر غائب .

وقيل يتم الإعذار للغائب فى مواجهة النيابة العامة ، ويفرق بين المدعية وزوجها الغائب بعد ذلك . وقيل بالتفريق بدون إعذار .

ولكن يؤخذ على أصحاب الرأى الأول أنهم لم يقدموا حجة تؤيدهم فى إلغاء الإجراءات التى تمت قبل الإعذار ، لأن هذه الإجراءات تمت صحيحة وانتهت بصدور قرار القاضى بالإعذار ، ولذلك أصبحت هذه الإجراءات

حقاً مكتسباً ، وتكليف الزوجة بإعادة الإعلان ثانية إرهاق ، لا وجه لــه ، ولا يوجد ما يبرره ، وفيه تضييع لحق مكتسب .

ويؤخذ على أصحاب الرأى الثانى أن الإعذار فى مواجهة النيابة العامة لا يحقق الغرض منه لأنه يراد به حمل المدعى على الإنفاق فى أمر معين ، بحيث ، إذا لم ينفق طلق عليه القاضى ، وهذا أمر لا يمكن تحققه بواسطة الإعذار فى مواجهة النيابة .

أما أصحاب الرأى الثالث الذين قالوا بالتفريق بدون إعذار مكتفيــاً بتعــذر وصول الإعذار السابق ، رغم تكرار الإعلان للمدعى عليه ، فإن رأيهــم يتفق مع نص المادة الخامسة – محل البحث – الذى قضى بأنه عند الغيبة البعيدة يسوغ التفريق بدون إعذار ، والعلة فى ذلك أن تعذر الإعذار فــى الغيبة القريبة ، يوجب إلحاق هذه الغيبة بالبعيدة فى الحكم لاتحاد العلة .

متى تكون غيبة الزوج غيبة قريبة ؟

تكون غيبة الزوج غيبة قريبة إذا كان بمكان يسهل وصول قرار المحكمة إليه بإعذار فى مدة لا تتجاوز تسعة أيام . وتقدير هذه الغيبة واقع يدخل فى سلطة قاضى الموضوع متى أقام قضاءه على أسباب سائغة .

ثانياً : إذا كانت غيبة الزوج غيبة بعيدة

إذا ثبت أمام القاضى أن الزوج غائب غيبة بعيدة ، ولا مال له تنفق منــه زوجته ، طلق عليه القاضى دون إعذار ودون ضرب أجل ، وسبب ذلــك واضح هو ثبوت عسره ، ولذلك لا يؤمر بالنفقة ، إذ لا فائدة فى أمره بها يتعين أن يثبت أمام القاضى – قبل التطليق – قيام الزوجة ، وغيبة الزوج غيبة بعيدة أو جهل مكانه ، أو فقده ، أو عدم وجود مال له ، وأن تكــون الزوجة طلبت التطليق لعدم الإنفاق ، وأصرت على طلبها . وتكون غيبــة

الزوج غيبة بعيدة إذا كانت المسافة فيها عشرة أيام فأكثر ، أو كان الشخص غير معلوم المكان أو فقد ، ولا يعلم أحى هو أم ميت . أو كان لا يمكن وصول الرسائل إليه . وتقدير هذه الغيبة أيضاً واقع يدخل فى السلطة التقديرية لقاضى الموضوع متى أقام قضاءه على أسباب سائغة استخلصها من أوراق الدعوى .

تقدير المدة فى الغيبة القريبة والبعيدة – موضع اجتهاد الفقهاء فى زمانهم ، وطريق مواصلاتهم . وقد اختلفت الأوضاع والظروف فى عصرنا الحالى – ولذلك يتعين أن يكون لقاضى الدعوى فى تقدير ظروف الغيبة – قريبة كانت أو بعيدة ، على حسب ظروف الزمان والمكان .

ما هو المال الظاهر – الذى أشار إليه نص المادة الخامسة

المال الظاهر الذى عبر عنه المالكية بالمال الحاضر ، فإنهم توسعوا فى بيان المال الذى يجوز لزوجة الغائب أن تطلب منه نفقتها ، فأجازوا لها طلب النفقة من المال الغائب ، ومن الوديعة ، ومن الدين الذى للزوج الغائب عند الناس ، سواء كان حالا أو مؤجلاً ، ويكفى فى تعيينه إقرار المدين بالدين . هذه الأحكام التى تبين المال الظاهر الذى سكت النص عن بيانه ، فينبغى الرجوع إلى مأخذ النص ، وهو مذهب المالكية ، حتى لا يكون ادعاء عدم الإنفاق تكئةً لطلب التطليق على الأزواج فى غيابهم لسبب غير مشروع ، ويكون له مال يمكن لزوجته أن تنفق منه أو تنفذ عليه بحكم نفقتها .

ما هو المقصود بإعسار الزوج – الذى أشار له نص المادة الخامسة

لم يتعرض نص المادة لبيان الإعسار المبيح لطلب التطليق على الزوج لعدم الإنفاق ، وقد بين المالكية – ومذهبهم مصدر النص – أن للزوجة أن

تطلب فسخ الزواج بطلقة رجعية إن عجز الزوج عن نفقة حاضرة ، وله الرجعة إن وجد فى العدة يسارا يقوم بواجب مثلها – أى من خبز وإدام على عادتها ، ولا تصح الرجعة إلا إذا قدر على ذلك " ويؤخذ من هذا النص أن الزوج المعسر بالنفقة هو الزوج العاجز عن أداء النفقة العادية للزوجة سواء كان مقضيا بها أم لا . وينتفى هذا العجز إذا قدم الخبز والإدام على قدر حاجة الزوجة .

ما هو المقصود بعجز الزوج عن النفقة المنصوص عليه فى المادة الخامسة

لم يبين نص المادة الخامسة المقصود بعجز الزوج عن الإنفاق على زوجته ، ولذلك يتعين الرجوع إلى المذهب المالكى – وهو يقول " ولها الفسخ إن عجز – أى الزوج – عن نفقة حاضرة ، لا ماضية . والعجز هنا يدعيه الزوج ، ويثبته ، فى هذه الحالة يتلوم عليه – أى يمهله القاضى – وهو المعتمد عن المالكية . أما إذا لم يثبت العجز فيقال له طلق أو أنفق – فإن امتنع من الطلاق والإنفاق قال رأى لا يتلوم له بل يطلق عليه حالا وهو المعتمد . وقيل يتلوم له ثم يطلق عليه .

يلاحظ أن التطليق لعدم الإنفاق لا يكون إلا عن الامتناع عن نفقة حاضرة ، لا عن نفقة ماضية لصيرورتها ديناً فى ذمة الزوج . ومثل النفقة الحاضرة النفقة المستقبلة وهذه تكون إذا أراد الزوج السفر ولم يترك ما تنفق منه زوجية .

المسجون إذا أعسر بنفقة زوجته تسرى عليه أحكام الغيبة القريبة لأنه بمكان يسهل وصول قرار المحكمة إليه بإعذاره فى مدة لا تجاوز تسعة أيام .

المبحث الثانى

التطليق للعيب بالزوج

التعريف بالعيب الذى يجيز للزوجة طلب التطليق على زوجها .

العيب فى هذا المجال هو ما يمنع الوطء ، باعتباره حقاً للزوجة ، كما أنه حق للزوج – مثال الجب والخصاء والعنة – أو العيب الذى يوجب نفرة تمنع قربان أحد الزوجين من الآخر ، أو العيب الذى يخاف منه العدوى كالجزام ، أو يخاف منه الجناية كالجنون .

والعيوب فى مجال التفريق بين الزوجين متنوعة ، وللفقهاء فيها أقوال :

يقول المالكية أن العيوب ثلاثة عشر ، وبيانها :

١) يشترك الرجل والمرأة فى أربعة هى : الجنون والجزام والبرص والعِزْيَطَةِ – ويقصد بها التغوط عند الجماع .

٢) أربعة خاصة بالرجل وهى :

أ) الجَبُّ : أى الرجل إذا كان مقطوع الذكر والأنثيين . ويدخل فى ذلك مقطوع الأنثيين فقط إذا كان لا يمنى . وكذا مقطوع الحشفة على الراجح فى المذهب .

ب) الخصَاءُ : وهو من سلَّ خُصْيَتَيْهِ ونزعها

ج) العُنَّةُ : ويراد بها صغر الذكر ، بحيث لا يتأتى منه الجماع

د) الاعتراض : ويقصد به عند انتشار الذكر .

٣) وخمسة خاصة بالمرأة وهى :

أ) الرَّتَقُ : وهو انسداد مسلك الذكر فى قبل المرأة ، بحيث لا يمكن معه الجماع . فإذا كان هذا الانسداد لحم يمكن علاجه فلا يعد عيباً .

ب) القرَن : بفتح الراء – وهو شئ يبرز فى فرج المرأة يشبه قرن الشاة ، يكون من لحم غالباً ، فيمكن علاجه ، وتارة يكون من عظم فلا يمكن علاجه عادة .

ج) العَفَل : بفتح العين والفاء – وهو لحم يبرز من قبل المرأة ، وقيل إنه رغوة فى الفرج تحدث عند الجماع .

د) الإفضاء : ويقصد به اختلاط مسلكى الذكر والبول فى المرأة ، ويشمل ذلك أيضاً مدخلى الذكر والغائط .

هـ) البخر : ويقصد به الريح بالفرج ، وهى ريح نَتِنَةٌ . [1]

العيوب عند الأحناف

أبو حنيفة وأبو يوسف يريان أن العيوب فى الزوج هى " الجب والخِصَاءُ والعنة " أما محمد صاحب أبو حنيفة فيرى أن العيوب التى يفرق من أجلها لا تقع تحت حصر . فقد جاء فى البدائع " [2] قال محمد : خلوه من كل عيب لا يمكنها المقام معه ، إلا بضرر كالجنون والجزام والبرص ، شرط للزوم النكاح حتى يفسخ به النكاح . وجاء فى المبسوط جزء ٥ ص٩٧ " وعلى قول محمد لها الخيار إذا كان على حال لا تطيق المقام معه ، لأنه تعذر عليها الوصول إلى حقها ، لمعنى فيه ، فكان بمنزلة ما لو وجدته مجنوناً أو عنيناً " وبذلك يبين أن محمدا على خلاف صاحبيه أطلق العيوب التى تطلب الزوجة التفريق لأجلها ، وجعل مقياس العيب " ألا تطيق الزوجة المقام مع زوجها بسبب العيب الذى به " وقد أخذ القانون بهذا المعيار – على ما يبين فيما بعد – بأن وصف العيب بأنه الذى " لا يمكن

---

[1]) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير للدردير جزء ٢ ص٢٧٧

[2]) جزء ٢ ص٢٧٧ .

للزوجة المقام معه إلا بضرر – أما العيوب التى وردت بالنص فقد جاء على سبيل المثال .

الظاهرية يرون عدم فسخ النكاح بين الزوجين بأى عيب من العيوب ، ويستوى عندهم العيب بالزوج أو بالزوجة ، لأن النكاح عندهم لا يفسخ بعد صحته بجزام حادث ، ولا ببرص كذلك ولا بجنون ، ولا بأن يجد الزوج بزوجته شيئاً من العيوب ، ولا بأن تجد هى به كذلك " ولا بعِنَانَةً ، ولا بداء فرج ، ولا بشئ من العيوب . فإذا تزوج رجل امرأة ولم يقدر على وطئها مرة أو مراراً ، أو لم يُطأها قط فلا يجوز للقاضى أن يفرق بينهما أصلاً ، ولا أن يؤجل له أجلاً وهى امرأته ، إن شاء طلق وإن شاء أمسك . وساق الظاهرية حجج رأيهم . [1]

وعند جمهور الفقهاء [2] ، يثبت حق التفريق بالعيب لكل من الزوجين ، وعلى هذا إذا وجد أى من الزوجين عيباً بصاحبه ، كان له حق طلب التفريق ، ولا يمنع من ثبوت هذا الحق له كون الزوج الآخر معيباً ، متى اختلف العيب عن عيب صاحبه . أما إذا اتحد العيب أى كان العيبان من جنس واحد ، فقيل بثبوت الخيار لكل منهما ، إذ النفس تعاف من عيب غيرها ، وإن كان بها مثله . وقيل لا خيار لها لتساويهما فى العيب .

القانون ١٩٢٠/٢٥ والتطليق للعيب

المادة – ٩ للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها ، إذا وجدت به عيباً مستحكماً لا يمكن البرء منه ، أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل ، ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر – كالجنون والجزام والبرص – سواء

---

[1]) الطلاق للدكتور محمود محمد على .
[2]) الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والزيدية والجعفرية .

كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به ، أو حدث بعد العقد ولم ترض به ، فإن تزوجته عالمة بالعيب أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها ، فلا يجوز التفريق "

أخذا القانون بالتفريق للعيب فى الزوج ، وأجاز للزوجة طلب التفريق لهذا العيب . ووضع القانون ضوابط للعيب ، ولطلب التطليق بسببه .

لم يحصر القانون العيوب التى يجوز للزوجة طلب التطليق بسببها ، وإنما توسع فيها وإذ قال " عيب مستحكم لا يمكن البر منه " و " عيب يمكن البرء منه بعد زمن طويل ، ولا يمكنها الإقامة معه إلا بضرر " وضرب القانون أمثلة لهذه الأمراض – الجنون والجزام البرص .

التفريق للعنة والجب والخصاء ، محل اتفاق بين الفقهاء ، وبعد صدور القانون ١٩٢٠/٢٥ اتسعت دائرة التفريق بالعيب .

الوطء حق متبادل لكل من الزوجين قبل الآخر

قال تعالى " ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف " بمعنى أن للنساء على الرجال من الحق ، مثل ما للرجال عليهن من حق ، فعلى كل منهما أن يؤدى حق الآخر عليه بالمعروف ، يقول الرازى فى تفسيره إن المقصود من الزوجية لا يتم إلا إذا كان كل واحد من الزوجين مراعياً حق الآخر عليه ، وقد عبر ابن عباس عن ذلك بقوله " إنى لأحب أن أتزين لامرأتى ، كما أحب أن تتزين لى "

والجماع بين الزوج وزوجته حق متبادل بينهما ، بما معناه أن الجماع إذا حق الرجل على امرأته ، فهو أيضاً حق لها عليه ، والله عز وجل يقول " لا تذروها كالمعلقة " بمعنى لا يذر الرجل زوجته لا هى فارغة من الزوج فتتزوج ، ولا هى ذات زوج يؤتيها حقها من الوطء . يقول المالكية ، إذا

تضررت الزوجة من ترك الوطء ، طلق القاضى عليه بالاجتهاد ، ولو لم يقصد الضرر ، ويضيفون أن من يشرب دواء ليقطع به لذة النســاء ، أو شربه لعلاج علة ، وهو عالم أنه سيذهب شهوة النساء كان لها حق الفراق – أى طلب التطليق على الزوج ، إذا لم ترض بالإقامة معه ، ولــو كــان سرمداً – أى دوام العبادة . (١)

لم يقف أمر جماع الرجل زوجته عند هذا الحد . بل شجع عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم . حتى لا تكون الزوجة كالمعلقة . فقد روى أن أبا ذر الغفارى روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال " مباضعتك أهلــك صدقة ، قلت يا رسول الله !! أنصيب شهوتنا ونؤجر ؟ قال : أرأيت لــو وضعته فى غير حقه كان عليك وزره ؟ قلت " بلى يا رســول الله قــال : أفتحتسبون بالسيئة ، ولا تحتسبون بالخير "

إن إعطاء الزوجة حقها فى الجماع ، وتوخى أوقات حاجتها فيه ، إعفافها ، وتحصينها فضلاً عما فى ذلك من درء لفساد التطلع إلى الغير . من أجل ذلك كان الطليق للعيب بالزوج .

شروط التطليق على الزوج بالعيب

١) أن تجد الزوجة بزوجها عيب مستحكماً لا يمكن البرء منه . أى عيبــاً ملازماً للزوج لا يرجى شفاؤه ، يستوى فى هذا العيب أن يكون خِلْقيــاً أو مرضياً . ويساوى هذا العيب ، عيب مستحكم أيضاً ولكن يمكن البرء منه بعد زمن طويل ، إلا أنها لا يمكنها البقاء مع زوجها مع هذا العيب الــذى يمكن برؤه إلا بضرر . إذا توافر المرض الأول الذى لا يمكن برؤه كــان للزوجة طلب التطليق على زوجها للعيب . أما إذا كان المرض مما يمكن

---

(١) الشرح الكبير للدردير جزء ٢ ص٤٣١ .

برؤه بعد زمن ، فإن على الزوجة أن تثبت أن المقام مع زوجها وبه هذا المرض فيه ضرر لها .

٢) ألا تعلم الزوجة بالعيب قبل العقد ، وألا ترضى به بعد العقد ، فإن علمت بالعيب قبل العقد ومع ذلك تزوجته ، أو رضيت به بعد العقد ، فلا يجوز لها طلب التطليق بهذا العيب .

إذا وجدت الزوجة عيباً بزوجها ، ولم ترض به ، ولم ترفع أمرها إلى القاضى ، واستمرت مع الزوج زمناً ، فإن حقها فى طلب التطليق عليه للعيب لا يسقط ، حتى ولو ضاجعته تلك الأيام ، لأن استمرارها معه يكون للتجربة ، وترجىِّ الوصول ، لا للرضا بالمقام معه على ذلك أبداً ، فرضاها هنا محل شك ، وحق الزوجة فى طلب التفريق على الزوج بالعيب لا يبطل بالشك . كما أن طلب التفريق يكون على التراضى عند أبى حنيفة ، فلا يسقطه تأخر المرافعة قبل الأجل ، ولا بعد انقضاء السنة ، هذا قبل تخيير القاضى للزوجة ، فلو بعده كان لها طلب التفريق على الفور

٣) أن تطلب الزوجة التفريق - لأنه حقها - من القاضى ، ويحكم به ، لأن فعل القاضى هنا يضاف إلى الزوج ، فالقاضى يطلق عليه ، وكأنه طلق زوجته بنفسه ، لأنه يجب على الزوج التسريح بإحسان ، حين يعجز عن الإمساك بمعروف ، فإذا امتنع كان ظالماً ، فناب القاضى عنه ، وأضيف فعله إلى الزوج كما هو رأى أبى حنيفة . وقيل يكفى اختيارها نفسها ، ولا يحتاج التفريق إلى القضاء وهو قول الصاحبين . والقانون على رأى أبى حنيفة ، لأن الزوجة تطلب من القاضى التفريق .

إذا كانت المرأة غائبة جاز طلب التفريق للعيب من وكيلها - على خلاف بين الأحناف .

وإذا كانت المرأة مجنونة جاز لوليها طلب التفريق بالعيب ، ولا تؤخر حتى تفيق ، لأن إفاقتها ليس لها أجل معروف .

٤) ألا تكون الزوجة معيبة بعيب يمنع الوطء ، كأن تكون رتقاء ، قرناء ، فإذا كانت كذلك فلا حق لها فى طلب التفريق بينها وبين زوجها لعيب فيه ، لأن مانع الوطء محقق من جهتها .

٥) أن يؤجل القاضى كلا من العنين والخصى سنة كاملة لاختبارهما — ولا عبرة بتأجيل غير القاضى . كأن تؤجل الزوجة زوجها ، أو يؤجله غيرها ، لأن التأجيل مقدمة أمر لا يكون إلا عند القاضى ، وهذا المر هو الفرقة بين الزوجين ، فكذلك مقدمته – أى التأجيل .

وقد نصت المادة ٢٩٩ من الأحكام الشرعية على أنه " إذا رافعت المرأة زوجها إلى الحاكم وادعت أنه عنين وطلبت التفريق ، يسأله الحاكم ، فإن صدقها وأقر أنه لم يصل إليها ، يؤجله سنة قمرية يحتسب منها رمضان وأيام حيضها ، ومدة غيبته إن غاب لحج أو غيره ، لا مدة غيبتها ، ولا مدة مرضه ومرضها ، إن كان لا يستطاع معه الوقاع ، وابتداء السنة من يوم الخصومة ، إلا إذا كان الزوج صغيراً أو مريضاً أو محرماً ، فإن كان كذلك فابتداؤها يعتبر من حين بلوغه ، أو شفائه ، أو فك إحرامه " إذا لم يصل الزوج لامرأته ولو مرة واحدة فى مدة الأجل المقدر له ، وعادت المرأة شاكية إلى القاضى بعد انقضائه طالبة التطليق يأمره القاضى بطلاقها ، فإن أبى فرق بينهما . وهذه الفرقة طلاق لا فسخ .

ولو وجدت المرأة زوجها مجبوباً جاهلاً ذلك وقت النكاح ، وطلبت مفارقته يفرق بينهما بدون إمهال .

التأجيل سنة شرط جوهرى عند الأحناف ، لأن الامتناع عن مباشرة الزوجة ، قد يكون لعلة معترضة ، أو آفة فى أصل الخلقة . ويقولون لابد من مدة معرفة ذلك . فإذا كان الامتناع عن المباشرة من علة معترضة ، قد يكون سببها غلبة حرارة أو برودة ، أو يبوسة والسنة تشتمل على أربعة فصول : صيف حار يابس ، وخريف بارد يابس – وهو أردأ الفصول – وشتاء بارد رطب ، وربيع حار رطب . فإن كان مرض الزوج عن أحد هذه تم علاجه فى الفصل المضاد فيه ، أو من كيفيتين فيتم فى مجموع فصلين مضادين . فكانت السنة تمام ما يتعرف به الحال ، فإذا مضت ولم يصل الرجل إلى زوجته تبين أن العجز بآفة أصلية ، ففات الإمساك بالمعروف ، ووجب التسريح بإحسان . والسَّنَةَ جُعِلَت غاية فى الصبر ، وإيلاء العذر شرعاً ومضيها موجب للفرقة ، حتى لو غلب على الظن بعد انقضاء السنة قرب زوال العذر .

تعتبر السنة القمرية أساساً فى التقدير ، وهو الصحيح وظاهر الرواية عند الأحناف ، وعدد أيامها ٣٥٤ يوماً ، ذلك أن الثابت عن الصحابة كعمر رضى الله عنه ومن معه اسم السنة ، وأهل الشرع إنما يتعارفون الأشهر والسنين بالأهلة ، فإذا أطلقوا السنة انصرف إلى ذلك ، ما لم يصرحوا بخلافه .

وقيل تعتبر السنة الشمسية التى عدد أيامها ٣٦٥ يوماً وجزء من عشرين جزءاً من اليوم ، فقد روى الحسن عن أبى حنيفة ، وأن السنة ضربت لتوصل إلى صلاح الطبع ، ورفع المانع ، فيجوز أن يوافق طبع الزوج مدة الزيادة فى السنة الشمسية على السنة القمرية ، فوجب اعتباره .

ولا يعوض الزوج عن أيام حيض زوجته وشهر رمضان الواقعة فى مدة التأجيل أياماً أخرى ، بل هى محسوبة من مدة التأجيل ، وذلك لأن الصحابة لما قدروا أيام التأجيل بسنة ، لم يستثنوا منها أيام الحيض ، وشهر رمضان مع علمهم السنة لا تخلو منها .

ويرى الحناف أنه إذا مرض الزوجان مرضاً لا يستطاع مع الجماع ، فإن كان أقل من نصف شهر احتسب عليه ، وإن كان أكثر لم يحتسب وعوض عنه . (فتح القدير)

والأحناف يؤجلون الخصى كما يؤجلون العنين ، لأن الوطء من الخصى مرجو ، كما هو مرجو من العنين ، وسبب ذلك أن آلة الخصى ما زالت موجودة ويمكنه ان يجامع بها ، غير أنه لا يحبل المرأة .

المالكية يؤجلون العنين سنة فإن أصاب امرأته ، وإلا فهى أحق بنفسها . فقد روى مالك عن ابن شهاب عن بن المسيب أنه كان يقول من تزوج امرأة ولم يستطع أن يمسها ، فإنه يضرب له أجل سنة ، فإن مسها وإلا فرق بينهما .

بدء مدة السنة

تبدأ السنة من يوم الخصومة أى من يوم إقامة الدعوى من الزوجة ضد زوجها ، وإلى هذا ذهب المالكية ولا يفرق لبن الزوجين إلا بعد تمام السنة إذا كان الزوج به مانع طبيعى أو شرعى كالمرض أو الإحرام فحينئذ تبدأ السنة من وقت زوال المانع ، ولا يحسب من السنة أيام غيبة الزوجة .

العنين الذى يؤجل سنة

يؤجل الحناف العنين سنة سواء كان ممن يصل إلى غير امرأته ، أو لم يكن يصل ، فإن لم يصبها ، واختارت فراقه فرق بينهما . وقال مالك

العنين الذى يؤجل سنة هو المعترض عن امرأته وهو يطأ غيرها بعارض عرض له ، وكذلك كل من لا يقدر على الوطء بعارض ، وقد كان قد تقدم منه الوطء ، أو لم يتقدم ، إذا كان بصفة من يمكنه الوطء [1] .

إنكار الزوج ادعاء زوجته عليه بالعنة

إذا رفعت الزوجة دعوى التطليق بسبب العنة عند زوجها ، وأنكر الزوج ذلك ، وادعى الوصول إليها ، فإذا كانت الزوجة ثيباً فالأحناف يقولون القول قول الزوج مع يمينه – لأن الظاهر يشهد له ، ولأن الأصل السلامة من العيوب والقول قول نمن يشهد له الظاعهر بيمينه ، هذا فضلاً عن أن الثيوبة دليل وصوله إليها ، فإذا حلف الزوج رفضت دعوى الزوجة . وإن أمتنع الزوج عن الحلف خير القاضى الزوجة بين البقاء مع زوجها على هذه الحال ، وبين الفرقة فإن اختارت الفرقة فرق بينهما .

إذا قالت المرأة أنا بكر أمر القاضى أن تراها النساء – ويكفى فى ذلك رؤية امرأة واحدة وامرأتان أوثق ، لأن غلبة الظن بخبر أكثر من واحدة أقوى . فإذا قال النساء هى ثيب فالقول قول الزوج مع يمينه . اما إذا قلن هى بكر فالقول قولها من غير يمين عليها ، لأن البكارة فيها أصل ، وقد تفوت شهادة النساء بشهادة الأصل لهن . [2] وقد نصت المادة ٣٠١ من الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية على مذهب الإمام أبى حنيفة على أنه " إذا أنكر الزوج دعوى المرأة عليه بالعنة وادعى الوصول إليها قبل التأجيل أو بعده يعين الحاكم امرأتين ممن يثق بهن للكشف عنها ، فإن كانت ثيباً من الأصل ، وقالتا هى ثيب يصدق الزوج بيمينه . ولو ادعت المرأة زوال بكارتها بعارض ، فإن حلف يسقط حقها ، وإذا نكل عن

---

[1]) الاستذكار لابن عبد البر جزء ١٨ ص١٣٠ وما بعدها .
[2]) البدائع جزء ٢ ص٣٢٣ وما بعدها وفتح القدير جزء ٣ ص٢٦٣ .

اليمين ، أو قالتا هى بكر ، فإن كان ذلك قبل التأجيل يؤجل سنة كما مر في المادة السابقة ، وإن كان بعد التأجيل تخير المرأة فى مجلسها ، فإن اختارت الفرقة يفرق بينهما ، وإن عدلت واختارت الزوج ، أو قامت أو أقامها أحد من مجلسها قبل أن تختار بطل اختيارها .

الخلاف بين الزوجين بعد مضى مدة السنة

أ) إذا اتفق الزوجان على حصول الوطء ، فقد انتهى الخلاف ، وهى زوجته ، ولا خيار لها بعد ذلك .

ب) إذا اختلف الزوجان وادعى الزوج الوصول لزوجته ، وادعت هى أنه لم يصل إليها فى هذه الحالة يفرق بين حالتين :

الأولى : أن تكون المرأة ثيباً فى هذه الحالة يكون القول قولها – لأن الظاهر شاهد لها .

الثانية : إذا كانت بكرا يراها النساء ، فإن قلن هى بكر فالقول قولها ، وإن قلن هى ثيب فالقول قوله .

إذا ثبت أن الزوج لم يطأ بعد مضى سنة التأجيل – باعترافه أو بظهور البكارة • فإن القاضى يخير المرأة ، فإن شاءت اختارت الفرقة ، وإن شاءت بقيت مع زوجها .

هذا ويلاحظ أن القانون توسع فى العيوب التى تبيح للزوجة طلب التفريق ، وهذا ما لم يذهب إليه إمام من الأئمة الأربعة ، بل لم يذهب إليه الزيدية ولا الشيعة الجعفرية ، وإنما روى عن الزهرى وسعيد بن المسيب أن النكاح يرد بكل داء عضال ، وبه أخذ أبو ثور ، وهو مذهب القاضى حسين من الزيدية إذ قال " كل ما منع توقان النفس وكسر الشهوة فإنه يرد به النكاح " وقد قال ابن القيم فى زاد الميعاد إلى عدم حصر العيوب إذا

قال " ومن تأمل فتاوى الصحابة والسلف ، علم أنهم لم يخصبوا الرد بعيب دون عيب إلا رواية عن عمر " لا ترد النساء إلا من العيوب الأربعة - الجنون والجزام والبرص والداء فى الفرج . وهى رواية لا لها إسناد أكثر من أصبغ عن ابن وهب عن عمر ، ولم يأخذ بها الأئمة . ولكن القانون ارتضى هذا الرأى ، وحسناً فعل ، لأن الفقهاء وإن حصروا العيوب اختلوا فى بيانها ، وهو اختلاف يرجع إلى آثار وردت ، أو قياس استعملوه ، ومقتضى قياسهم فى كثير من العيوب التى ذكروها يؤيد ما ذهب إليه القانون من اعتبار كل عيب أو مرض مستحكم لا يمكن البرء منه أو يمكن بعذر بعد زمن طويل ، ولا تمكن المعاشرة معه إلا بضرر يلحق السليم منهما .

الفرقة العيب تتوقف على قضاء القاضى

اتفق الفقهاء القائلون بالتفريق للعيب ، على أن الفرقة بسببه تتوقف على قضاء القاضى ، وسبب ذلك أن التفريق بسبب العيب محل خلاف بينهم ، فيحتاج إلى قضاء القاضى لرفع هذا الخلاف ، لأن الزوجين كثيراً ما يختلفان فى وجود العيب ، وعدم وجوده ، وفى انه من العيوب التى يجوز التفريق بها أو ليس منها ، وقضاء القاضى هو الذى يقطع هذا النزاع ويحسم الخلاف .

علم الزوجة بعيب زوجها

إذا علمت الزوجة بالعيب الذى بزوجها ، لا يجوز لها طلب التفريق ، بمعنى أن الزوجة إذا رضيت بالعيب الذى بزوجها قبل تأجيله من القاضى

، أو بعد التأجيل ، وقبل انقضاء مدة السنة أو بعدها ، سقط حقها فى طلب الفرقة وليس المطالبة بها بعد ذلك .[1]

نصت المادة التاسعة على أن الزوجة " إن تزوجته عالمة بالعيب ، أو حدث بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق "

ولا يشترط فى العيوب التى يجوز للزوجة طلب التفريق على زوجها بسببها أن تكون سابقة فى العقد ، بل قد تكون لاحقة عليه ، بأن تطرأ على الزوج بعد الدخول بزوجته ، وفى ذلك تنص المادة التاسعة " سواء كان العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به ، أم حدثت بعد العقد ولم ترض به "

زوجة المجنون

إذا وجدت المرأة زوجها المجنون عنيناً ، ورفعت أمرها إلى القاضى طالبة التفريق ، وخاصمت فى ذلك وليه ، فإن القاضى يؤجل المجنون سنة ، لأن الجنون لا يعدم الشهوة . أما إذا وجدت المجنون مجبوباً وطلبت الفرقة ممن يخاصم عنه فإن القاضى يفرق للحال ، لأنه لا فائدة من تأجيل المجبوب . غير أنه إذا أقام من يخاصم عن المجنون البينة على رضاء الزوجة بعنه – أو جب– زوجها ، أو علمها بحاله عند العقد ، لزم النكاح ولا يفرق بينهما .

ولكن إذا طلب من يخاصم عن المجنون يمين الزوجة ، على علمها بحال الزوج المجنون ، فإن حلفت على عدم علمها ، يفرق بينهما ، وإن نكلت لم يفرق .

---

[1]) فتح القدير جزء ٣ ص ٢٦١ .

إذا اختلفت زوجة المجنون مع من يخاصم عنه فى الجب ، فادعتـه هـى وأنكره من يخاصم عنه ، يريه القاضى رجلاً ، فإن أمكن علمه بالحس من وراء ثوب لا كشف عن عورته ، وإن لم يتيقن بذلك إلا بكشفها ، كشـفها للضرورة . وهذا هو عمل أهل الخبرة المنصوص عليه بالمـادة الحاديـة عشر من القانون .

إثبات العيب

الأحناف يؤجلون العنين والخصى سنة كاملة لاختبارهما ، وفى ذلك يقول ابن عابدين : لو وجدته عنينا أو خصيا ، أُجّل سنة ، أم المجبوب فيفـرق بينهما فى الحال ، لأنه لا فائدة من تأجيله ، لأن التأجيل لتوقع الوقـوع ، ولا توقع هنا لفقد آلته ، ولو اختلفا فى كونه مجبوباً ، فإن كان لا يعـرف إلا بالمس من وارء ثوب أمر القاضى أميناً أن ينظر إلى عورته ، فيخبـر بحاله لأنه متاح عند الضرورة . [١]

إذا ادعت الزوجة اعتراض [٢] زوجها ، فأنكر ما ادعته ، فإذا كانت بكرا وقت النكاح يراها أهل الخبرة ، فإن ظهر أنها بكر ، أجل الزوج سنة / أما إذا ظهر أنها ثيب – ثبتت الثيوبة وحدها – برأى أهل الخبرة ، ولا يثبـت وصول الزوج إلى زوجته . وسبب ذلك أن البكارة قد تزول بسبب غيـر الوقاع ، كوثبة أو غيرها . وفى هذه الحالة يكون القول قول الـزوج فـى الوصول إلى زوجتة مع يمينه انه وصل إليها ، فإن حلف تقرر النكـاح . أما إذا نكل عن الحلف أجله القاضى سنة ، فإذا لم يتم وقاعه لزوجته بعدها فرق القاضى بينهما .

---

[١]) ابن عابدين جزء ٢ ص٦٠٩ ، وانظر المادة ١١ التى أجازت الاستعانة بأهل الخبرة .
[٢]) الاعتراض هنا ، عدم انتشار الذكر .

جاء فى مبسوط السرخسى " أنه إذا خاصمت الزوجة زوجها – أنه عنين – فإذا ادعى أنه قد وصل إليها . سألها القاضى ، أبكر هى أم ثيب ؟ فإن قالت ثيب ، فالقول قول الزوج لأن الظاهر فى حال الفحل ، أنه إذا خلى بأنثى نزى عليها ، وفى الدعاوى القول قول من يشهد له الظاهر . أما إذا كانت بكراً أراها القاضى النساء – لأن البكارة لا يطلع عليها الرجال ، والمرأة الواحدة تكفى لذلك والمثنى أحوط ، لأن طمأنينة القول إلى قول المثنى أكثر ، فإن قلن إنها بكر ، فالقول قولها ، كذلك إن أقر الزوج أنه لم يصل إليها ، ويؤجله القاضى سنة ويأمره أن يعالج نفسه ، فإن مضت السنة ؟ وادعى الزوج أنه وصل إلى زوجته ، فهو على ما سلف بيانه من البكارة والثيوبة ، فإن أراها النساء فقلن هى بكر ، خيرها القاضى لأن البكارة لا تبقى مع الوصول إليها ، والتفريق حقها فإن اختارت الفرقة أمر القاضى الزوج أن يطلقها ، فإن أبى فرق القاضى بينهما بتطليقة بائنة ، لأن المستحق على الزوج أحد شيئين ، إما الإمساك بالمعروف أو التسريح بإحسان ، والتسريح طلاق بائن ، لأن المقصود إزالة ظلم تعليق الزوجة . اما الطلاق الرجعى ، فلا يحصل به هذا المقصود إذ يستبد الزوج بالمراجعة ، مع أن حكم الرجعة مختص بعدة واجبة بعد حقيقة الدخول وذلك غير موجود فى حالتنا . (١)

تأجيل الزوج المريض

تأجيل الزوج المريض سنة لتعرف العلة التى اعترضته محل نظر فى الوقت الحاضر لسببين أولهما أن الزوجة إذا لجأت إلى القضاء وطلبت التطليق للعيب الذى اكتشفته فى زوجها ، فإنها لن تعود إليه بعد ذلك لتيقنها

---

(١) المبسوط جزء ٥ ص ١٠٠ .

من وجود العيب فيه أو شعورها بذلك ، وقد اختبرته ، وثانياً أن المشـــرع فى المادة الحادية عشر من هذا القانون نص على أن يستعان بأهل الخبرة فى العيوب ، وأهل الخبرة فى هذا الزمان متخصصـــون ، فنيـــون فيمـــا يعرض عليهم فى هذا الشأن ، ولذلك يستطيعون أن يقطعوا بوجود العيـــب فى الرجل أو عدم وجوده ، وهل هو مستحكم أو غير مستحكم ، ويمكـــن البرء منه أم لا وزمن البرء من هذا العيب ، أما فى الزمن الذى اشـــترط فيه الأحناف شرط تأجيل الزوج الذى به العيب سنة كاملة فلم يكن عندهم من المتخصصين من يستطيع أن يقطع بوجود العيب وعدمه ، والبرء منه . ولذلك جعلوا من السنة حداً لمعرفة وصول الزوج إلى زوجته ، وقالوا " لابد من مدة معرفة " فمدة السنة عند الفقهاء مدة إثبات ، فإذا لـــم يصـــل الزوج إلى زوجته خلالها علم أن الآفة فى أصـــل الخلقـــة . فـــإذا كـــان المتخصصون فى أيامنا هذه يمكنهم تحديد الآفة وإمكان البرء منهـــا مـــن عدمه دون ما تحديد بمدة السنة فإنى أرى أن يكون رأى أهل الخبرة مـــن المتخصصين ، هو فصل الخطاب بين الرجل وامرأته فى شأن العيب الذى تعزوه إليه ، وبهذا يحكم القضاء فى أمور تدور بين الزوجين ، وتطـــول بدون فائدة ، فلا الزوجة تمكن زوجها منها بعد أن ادعت عليه العيب ، ولا هو فى مقدوره أن يلجأ إلى فراشها وقد وصمته أمام القضاء بهذا العيب . والخير كل الخير أن ينتهى النزاع بينهما على رأى المتخصصين ، فـــإن ثبت ادعاء الزوجة قضى لها بالتطليق وإن ثبت العكـــس قضـــى رفـــض دعواها .

البكارة والثيوبة تعرفان بشهادة امرأتين يريان المرأة معاً ، والواحدة العدلة تكفى ، إلا أن الثنتين أحوط . كما أجاز الأحناف القضاء بقول امرأة واحدة

فيما لا يطلع عليه النساء كالولادة والبكارة والثيوبة والحيض والحمل والسقط والاستهلال [1] وفي كل ما تحت ثيابهن ، ووجه ذلك عندهم ، أن هذه الأمور مما لا يحضرها الرجال ولا يطلعون عليها ، ولذلك أقيم النساء مقام الرجال الضرورة ، قال صلى الله عليه وسلم " شهادة النساء جائزة فيما لا يستطاع للرجال النظر إليه "

هذا ويلاحظ أن تطبيق حكم المذهب بشأن شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال – بدون وجه شرعى – أمر ميسور ، ويسهل العمل به واتباعه ، بعد أن تعلمت المرأة ، وأصبحت طبيبة ، ولذلك يتعين أن تكون المرأة بين الأطباء الشرعيين ، وأن يقتصر عملها ، في هذا المجال – بحيث عيوب النساء المدعاة – إذا كنا نعمل جادين على إقامة أحكام شرع الله وأن ينص على ذلك صراحة فى القوانين على ذلك صراحة فى القوانين الخاصة ، وقد أثبت العمل أن كثيرات من النساء يرفضن عرضهن على الطب الشرعى لتولى الرجال الكشف عليهن ، وتكون النتيجة ترك حقوقهن قبل الفصل فيها إيجاباً أو رفضاً .

زوجة العنين لا يسقط حقها فى طلب التطليق مجرد تأخيرها الخصومة بعد مضى مضى الأجل ، لأن هذا يؤخذ منها على انه للاختيار لا للرضا بالعيب .

التأجيل فى العنين لرجاء الوصول إلى زوجته . أما إذا وجدت المرأة زوجها مجبوباً خيرها القاضى فى الحال لأن وصوله إلى زوجته غير موجود ، فالمقطوع من الآله لا ينبت ، فلهذا يفرق بينهما فى الحال ، ولها المهر كاملاً عند أبى حنيفة لأنها أتت بالتسليم المستحق عليها بالعقد وحقها

---

[1]) معين الحكام ص ٩٥ .

فى البدل يتقرر بذلك ، ولأن العقد انعقد لاستحقاق المجامعة ، وقد أتت المرأة بما عليها فيتقرر حقها ، ثم تجب عليها العدة . وعند أبو يوسف ومحمد يكون لها نصف المهر لأن التيقن بعدم الوصول إليها موجود هنا .
وعذر الجب فى الزوج أبين من عذر المرض ، فإذا كان مرضه يمنع صحبته فكونه مجبوباً أولى بخلاف العنين ، فإن ذلك باطن لا يوقف على حقيقته ، أما الجب فهو ظاهر يشاهد فيجب اعتباره فى الحكم ، والصاحبان يريان على زوجة المجبوب العدة استحساناً .
إذا كانت الزوجة رتقاء وزوجها عنيناً لم يكن لها أن تخاصمه أمام القاضى لأنه لا حق لها فى المطالبة بالجماع مع قيام المانع فيها .
مختلط الكلام لا يضرب ولا يشتم ، ومثل هذا العيب لا تتضرر به الزوجة ، وقد كانت قيمة عليه وهو بهذه الحالة ، وقبولها لأن تكون قيمة عليه فيه رضاء دلالة بهذا العيب فليس لها طلب التفريق . [1]
تقدير وجود العيب المستحكم – بالزوج – الذى لا يرجى زواله أو لا يمكن البرء منه إلا بعد زمن طويل ، بحيث لا تعيش الزوجة معه إلا بضرر ، ومدى علم الزوجة به ورضاها بالزوج مع وجود العيب به صراحة أو دلالة من سلطة محكمة الموضوع دون رقابة عليها من محكمة النقض متى كان قضاؤها يقوم على أسباب سائغة . [2]

وصف الطلاق بالعيب

ذهب الأحناف والمالكية إلى أن الفرقة بالعيب طلاق بائن ، وسندهم فى ذلك أنها فرقة بعد زواج صحيح ، ولا فسخ عند الأحناف فيه وأن الفرقة واقعة لسبب من الزوج فكان طلاقا ، ولأن فعل القاضى يضاف إلى الزوج

[1] ق ١٩٤٤/٤١ إمبابة س١ ص٢٠٥ .
[2] نقض ٥١/١٠ ق جلسة ١٩٨٢/٥/١٨ .

، فكأنه طلقها بنفسه . وقد جعل الطلاق بائناً لأن المقصود من التفريق هو رفع الضرر عن المرأة من زوج لا يتوقع أن يوفيها حقها المقصود مـن النكاح ، ولم يسرحها بإحسان ، وفعل القاضى هـو رفـع الضـرر ، ولا يتحقق – هنا – إلا بالطلاق البائن الذى يمنع الرجل من مراجعة المرأة فى عدتها من غير رضاها . فإذا لم يكن الطلاق الذى يوقعه القاضى – للعيب – بائناً تعود المرأة – وهى متضرر – معلقة بالمراجعة ، وهـى التـى لا تكون ذات زوج لفوات المقصود من النكاح وهو الوطء ولا تكون مطلقـة لأنها تحت زوج فلا يحصل لها رفع الظلم [1] الذى لجأت للقاضى من اجله . وقد أخذ القانون بالمادة العاشرة بأن الفرقة بالعيب طلاق بائن .

ذهب الشافعى إلى أن الفرقة بالعيب فسخ وليست بطلاق وحجته أن الفرقة إلى الزوجة وليست إلى الزوج فهى لا تقع إلا باختيارها ، ولـو رضـيت بالإقامة مع زوجها على ذلك وأقامت معه ، لم تقع الفرقة عند الجميـع ، وإذا لم تكن الفرقة من قبل الزوج – فهى فسخ لا طلاق .

إثبات العيب

نصت المادة (١١) من القانون على أن " يستعان بأهل الخبرة فى العيـوب التى يطلب فسخ الزواج من أجلها "

***

يستعان برأى أهل الخبرة من الأطباء أو غيرهم فى العيوب التى بالزوج ، ومدى الضرر المتوقع من هذا العيب ، ومدى إمكان البـرء منـه وعـدم إمكانه ، وعن المدة التى يمكن البرء فيها من هذا العيب . وهـل يمكـن للزوجة المقام مع زوجها مع وجود العيب به ، وذلك بدون ضرر .

---

[1]) فتح القدير جزء ٣ ص٢٦٤ .

والعيب قد يكون نقصاً بدنياً أو عقلياً يمنع من تحقق مقاصد النكاح ، وتمتع كل من الزوجين بالآخر .

هذا : ولم يقتصر النص أهل الخبرة على الأطباء الشرعيين . بل جاء عاماً يشمل أهل الخبرة عموماً – وترك تقدير رأى أهل الخبرة للقاضـــى – إذا كان تقديره سائغاً له ما يبرره فى الأوراق .

ومما تجدر الإشارة إليه أن المشرع فى المادة الحادية عشر جعل الاستعانة بأهل الخبرة فى العيوب التى يطلب فسخ الزواج من أجلها . فى حـــين أن الفرقة بالعيب طلاق بائن ، وليست فسخاً ، لأن تفريق القاضى لعيب يقــع به طلاق بائن عند الأحناف والمالكية حتى يؤدى إلى رفع الظلم عن المرأة من زوج لا يمسكها بمعروف ولا يسرحها بإحسان .

أما الشافعية والحنابلة ، فيرون أن تفريق القاضى على الزوج فسخ ولا يعد من الطلاق الذى يملكه ، ولهم فى ذلك حجتهم ، بأن الرجل صاحب الحق الشرعى فى إيقاع الطلاق ، وإن الطلاق الذى يوقعه غيره لا يعد عليـــه ، فضلاً عن أن تطليق القاضى فرقة جاءت من قبل المرأة وبطلبها . هذا وقد اختار القانون أن يكون فسخ الزواج عند التفريق بالعيب طلاقاً بائناً .

نظم مشرع قانون الحوال الشخصية الموحد التفريق للعيوب تحت " الفسخ للعيوب " وذلك فى مواده ١٤٦ ، ١٤٧ ، ١٤٨ .

مادة ١٤٦

لكل من الزوجين أن يطلب التفريق إذا وجد بالآخر عيباً مستحكماً لا يمكن البرء منه أو يمكن بعد زمن طويل ولا يمكــن المقــام معــه إلا بضـــرر كالجنون والجزام والبرص سواء أكان ذلك العيب قائماً ولم يعلم به الطالب أم حدث بعد العقد ولم يرض به .

فإن تم الزواج وهو عالم بالعيب ، أو حدث العيب بعد العقد ورضى به صراحة أو دلالة بعد العلم ، فلا يجوز له أن يطلب التفريق .

مادة ١٤٧

التفريق للعيب فسخ .

مادة ١٤٨

يستعان بأهل الخبرة فى العيوب التى يطلب فسخ الزواج من أجلها . وجاء بالمذكرة الإيضاحية أنه لما كان الزوج يصيبه ما أصاب الزوجة من غبن وضرر عند العيب المستحكم ، ولا وجه للإبقاء على انفرادها بحق طلب التفريق ، وقد أثبت خيار الفسخ لكل منهما إذا وجد عيباً فى الآخر ــ عمر وابنه ، وابن عباس ، وجابر بن يزيد ، وأحمد والشافعى واسحق . والفسخ يعفى الزوج من بعض التبعات المالية ، ولا ينقص شيئاً من عدد الطلقات . لذلك رئى من التيسير والعدل إعطاء الزوج حق التفريق للعيب . وأن تكون الفرقة فسخاً لا طلاقاً .

أحكام القضاء

قضى بأن المشرع جعل للزوجة حق طلب التفريق من الزوج إن ثبت به عيب مستحكم لا يمكن البرء منه أصلاً أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل بحيث لا يتسنى لها الإقامة معه إلى بضرر شديد . وأنه توسع فى العيوب المبيحة للفرقة ، فلم يذكرها على سبيل الحصر ، وفضل الاستعانة بأهل الخبرة لبيان مدى استحكام المرض ، ومدى الضرر الناجم عن الإقامة مع وجوده ، كل ذلك شريطة ألا تكون الزوجة قد رضيت مع علمها بعيبه صراحة أو دلالة . ولما كانت المذكرة الإيضاحية للقانون قد أوضحت أن التفريق للعيب فى الرجل قسمان قسم كان معمولاً به بمقتضى مذهب أبى

حنيفة ، وهو التفريق للعيوب التى تتصل بقربان الرجل لأهلـه ، وهـى عيوب العنة والجب والخصاء وباقى الحكم فيه وفقه ، وقسم جاء به القانون وزاده على ما كان معمولاً به ، وهو التفريق بكل عيب مستحكم لا تعيش الزوجة معه إلا بضرر ، وكل ما نصت عليه المادة الحادية عشـرة مـن الاستعانة بأهل الخبرة من الأطباء يقصد به تعريف العيب ، وما إذا كـان متخفياً فيه الأوصاف التى أشارت إليها ، ومدى الضـرر المتوقـع مـن المرض ، وإمكان البرء منه ، والمدة التى يتسنى فيها ذلك ، وما إذا كـان مسوغاتً لطلب التطليق أو لا . وقد سكت القانون عن التعرض للإجـراء الواجب على القاضى اتباعه للوصول إلى الحكم بالفرقة ، فلم يعين الزمن الطويل الذى لا يمكن بعد فواته البرء من المرض ، أو يبين ما يترتب على تقارير أهل الخبرة من الأطباء بعد ثبوت وجود العنة ، من الحكم بالفرقـة فى الحال أو بعد التأجيل مما يوجب الأخذ بأرجح الأقوال من مذهب أبـى حنيفة طبقاً للمادة ٢٨٠ من اللائحة الشرعية ، لما كان ذلك وكان المقـرر فى المذهب أنه إذا ادعت الزوجة على زوجها أنه عنين وانه لم يسـتطيع مباشرتها بسبب هذا العيب ، وثبت أنها لا زالت بكرا ، وصادقها الـزوج على انه لم يصل إليها فيؤجله القاضى سنة ليتبين بمرور الفصول الأربعة المختلفة ، ما إذا كان عجزه عن مباشرة النساء لعارض يزول ، أو لعيـب مستحكم ، وبدء السنة من يوم الخصومة ، إلا إذا كان الزوج مريضاً أو به مانع شرعى أو طبيعى كالإحرام والمرض ، فيبدأ من حين زوال المانع ، ولا يحسب من هذه السنة أيام غيبتها أو مرضها أو مرضه إن كان مرضاً لا يستطاع معه الوقاع ، فإن مضت السنة وعادت الزوجة إلـى القاضـى مصرة على طلبها لأنه لم يصل إليها ، طلقت عليه ، لأن مناط تحقق عيب

العنة المسوغ للفرقة عند الأحناف ليس بمجرد ثبوت عجز الزوج عن الوصول إلى زوجته بل استمرار هذا العجز طيلة السنة التى يؤجل القاضى الدعوى إليها بالشروط السابق الإشارة إليها . [1]

وقضى بأنه لما كان الثابت من الحكم المطعون فيه أنه تبين من تقرير الطبيب الشرعى أن المطعون عليها ما زالت بكرا تحتفظ بمظاهر العذرية التى ينتفى معها القول بحدوث مباشرة وأن الطاعن وغن خلا من أسباب العنة العضوية الدائمة إلا أن ما به من عيب قد يكون ناتجاً عن عوامل نفسية ، وعندئذ تكون عنته مؤقتة يمكن زوالها بزوال بواعثها مما يمهد للشفاء واسترجاع القدرة على الجماع ، فإن الحكم إذ قضى بالتفريق على سند من قيام العنة النفسية به دون إمهال يكون قد خالف القانون ولا يشفع فى ذلك تقريره أن عجز الطاعن عن الوصول إلى زوجته المطعون عليها استمر لأكثر من سنة قبل رفع الدعوى لأن مناط تحقيق عيب العنة المسوغ للفرقة عند الحنفية ليس بمجرد ثبوت عجز الزوج عن الوصول إلى زوجته بل استمرار هذا العجز طيلة السنة التى يؤجل القاضى الدعوى إليها بالشروط السابقة [2] .

وقد تكون العنة طارئة بعد الدخول بالزوجة ، ومع ذلك يجوز لها طلب التفريق عملاً بالمادة التاسعة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، وفى ذلك قضى بأن المقرر فى مذهب أبى حنيفة أن من شرائط إباحة التطليق للزوجة بسبب العنة ألا يكون زوجها قد وصل إليها فى النكاح ، فإن كان قد وصل إليها ولو مرة واحدة لم يثبت هذا الحَق لأن حقها إنما هو من أن يباشرها مرة واحدة وقد استوفته ، وما زاد لا يؤثم به قضاء بل ديانة ، فإن

---

[1]) نقض ٢٠/٤٦ ق س٣٨ ص١٨٠٥ .

[2]) المرجع السابق .

ما قرره الأحناف من أن القول للزوج بيمينه إذا وجدت الزوجة ثيباً أو كانت ثيباً من الأصل قاصر عندهم على العيب الذى يتبين بالزوج قبل الدخول وقبل الوصول إلى زوجته دون العيب الحادث بعد الدخول لأن هذا النوع الأخير لا يثبت به خيار العيب عندهم وعلى خلاف هذا المذهب أجاز المادة التاسعة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ التطليق للعيب الحادث بعد الدخول دون أن توجب يميناً على الزوج . [1]

وقضى بأنه تبين أن الزوج قد حجر عليه للعته ، وأقيمت الزوجة قيمة عليه ، وان المحكمة أقامتها وصى خصومة عنه فى الدعوى وان التقرير الطبى يدل على أن هذا الزوج عنده حالة جنون ناشئة عن تعاطى مواد مخدرة ، وأنه لا يمكن الآن معرفة ما إذا كان سيشفى من هذه الحالة التى عنده أو لا ، ولا معرفة المدة التى سيشفى فيها إذا كان مقدراً له الشفاء ، بل لا يمكن معرفة ما إذا كانت حالته تتحسن من العلاج أو لا تتحسن ، وان زوجة هذا المريض لا يمكنها الإقامة معه ، مع أنه معظم أوقاته فى سكون وهدوء لأنه بطئ الفهم والذاكرة ، ويخلط فى كلامه بين بعض الموضوعات وبعضها الآخر ، ولا يمكن لزوجته التفاهم معه ، كما أنه لا يمكن أن يفهم أو يدرك واجبات الزوجية على الوجه الموضح به . وحيث أن المادة التاسعة توجب التفريق بين الزوجين إذا كان بالزوج عيب مستحكم لا يمكن البرء منه ، أو يمكن بعد زمن طويل ، ولا يمكنها المقام معه إلى بضرر ، وحيث أن التقرير يدل على أن هذه الحالة التى عند هذا الزوج تستوجب التفريق عملاً بالمادة التاسعة . [2]

---

[1]) نقض ٦/٨ ق س٢٦ ص١٤٣١ .
[2]) ق ٦ ١٥٤٦/١٩٣١ بور سعيد محاماة شرعية س٦ ص٤٤١ .

وقضى بأنه تبين من قرار المجلس الحسبى أن الزوج المحجوز عليه قد حدث : عيب هو مرض الجنون المطبق وأنها طلبت تعيينها قيماً عليه بصفتها زوجة له ، وأيد ذلك الرضا أنها مكثت بجواره نحواً من تسع سنين لم تطلب التفريق بينها وبين زوجها لحدوث الجنون به ، وحيث أن سبب طلاقها أنها لا ترغب الطلاق لذات الطلاق ، بل لأن المدعى عليه بصفته قيماً على زوجها لن يؤد لها النفقة الداء الذى ترتاح إليه نفسها ، وقررت أنه لو أراحها فى أداء النفقة لا تطلب الطلاق . وقد نصت المادة التاسعة على أنه لا يجوز طلب التفريق إذا حدث للزوج عيب كالجنون وعلمت الزوجة ثم رضيت به صراحة أو دلالة بعد العلم به ، وأن رضاء المدعية بذات العيب فيه العلم ، وهو ثابت دلالة وصراحة بما تبين من قرار المجلس الحسبى ، وبما قررته المدعية نفسها أمام المحكمة . [1]

وقضى بأنه يشترط فى العيب الذى يجيز للزوجة طلب التفريق بينها وبين زوجها ، ألا ترضى به صراحة أو دلالة ، ولا يمكنها القيام معه إلى بضرر . وحيث أن العته لا يتحقق فيه ذلك إذ المعتوه شرعاً هو قليل الفهم .

---

[1]) ق ١٩٣٣/٦٥ مغاغة محاماة شرعية س٦ ص٧٥٤ .

المبحث الثالث

التطليق للضرر

جاء الإسلام لينصف المرأة ، ويقف بجانبها ، ويقرر لها حقوقا لـــم تكــن قائمة . فكانت الأم والأخت والزوجة والبنت ، ولها مثل ما عليها ، حتــى ساواها بالرجل كل المساواة ، قال تعــالى " إن المســلمين والمسـلمات ، والمؤمنين والمؤمنات ، والقانتين والقانتات ، والصـــادقين والصـــادقات ، والصـــابرين والصــابرات ، والخاشــعين والخاشــعات ، والمتصــدقين والمتصدقات ، والصائمين والصائمات ، والحافظين فروجهم والحافظات ، والذاكرين الله كثيراً والذاكرات ، أعد الله لهم مغفرة وأجراً عظيما " [١]

والمرأة والرجل من نفس واحدة ، ومنهما الزوج والزوجة . وبهما تستمر الحياة ، قال تعالى : " يا أيها الناس اتقوا ربكم الذى خلقكم من نفس واحدة ، وخلق منها زوجها ، وبث منهما رجالاً كثيرا ونساءاً " وقال تعالى " ومن آياته أن خلقكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا إليها ، وجعل بينكم مودة ورحمة ، إن فى ذلك لآيات لقوم يتفكرون " [٢]

إن منهج الله فى الزواج المودة والرحمة والسكن وإحسان العشــرة ، فــلا ضرر ولا ضرار " ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن " وإذا اختلف الزوجان ، أوجب الإسلام تدخل الأهل للصلح بينهما ، إن يريدا إصلاحاً يوفــق الله بينهما ، وإذا امتنع واستحكم الخلاف ، فالتفريق بإحسان هو أفضل الحلول " وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته " ، فكان التطليق للضرر الذى تدعيــه

---

[١]) سورة الأحزاب – ٣٥ .

[٢]) سورة الروم – ٢١ .

المرأة من زوجها ، ولذلك يقال إن التطليق للضرر إنما شرع للأخذ بناصر من يلحقه الأذى والضرر من الزوجات .

رأى الفقه فى التطليق للضرر

التطليق للضرر محل خلاف بين الفقهاء ، فقال رأى بأن الضرر ليس سبباً للفرقة ، واعتبره رأى سببا لها .

أولاً : الأحناف والشافعية والحنابلة ومعهم الزيدية والشيعة والجعفرية يرون أن الضرر ليس سبباً للفرقة بين الزوجين لأن الله تعالى يقول " وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدا إصلاحاً يوفق الله بينهما إن الله كان عليماً خبيرا " ويرون أيضاً أن الزوجة تملك أن تطلب من القاضى ردع الزوج ونهيه عن الإساءة إليها ، والقاضى يأمره بحسن العشرة ، وينهاه عن إيذائها ، فإن عاد إلى إساءتها غزره بما يراه رادعاً له ، هذا الرأى أيضاً عنده أن بعث الحكمين هو للإصلاح بين الزوجين فقط ، لأن ظاهر الآية لا يدل على ولايتهما للتفريق .

ثانياً : المالكية يقولون إن للزوجة أن تطلب من القاضى التطليق على زوجها إذا أوقع بها ضرراً ، بأن أساء معاملتها بضرب أو سب أو حتى مجرد قطع كلامه عنها ، أو هجرها ، أو أخذ مالها إلى غير ذلك من أنواع الضرر والإيذاء . لأن القواعد الأصلية الشرعية الإسلامية أمه " لا ضرر ولا ضرار " . واحتج المالكية بما روى عن الإمام على بن أبى طالب رضى الله عنه أنه قال فى الحكمين " إليهما التفرقة بين الزوجين والجمع " . وكان مالك يشبه الحكمين بالسلطان والسلطان يطلق للضرر إذا تبين الضرر . [١]

---

[١] بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحنين جزء ٢ ص ٩٨.

موقف القانون من التطليق للضرر

قبل صدور القانون ١٩٢٩/٢٥ كان المذهب الحنفى هو المعمول به ، ولم يكن فى أحكامه ما يمكن الزوجة من التخلص من الشقاق الذى يقوم بينها وبين زوجها ، ولا ما يرجع هذا الزوج عن غيه ، فكان كل منهما يحتال لإيذاء الآخر قصد الانتقام منه ، حتى أن الزوجة تطالب من زوجها بالنفقة ، ولا غرض لها من ذلك إلا إحراجة بتقديم المال ، ويطالب الزوج بالطاعة ، ولا غرض له إلا أن يتمكن من إسقاط نفقتها ، وأن تنالها يده فيوقع بها ما يشاء من ضروب العسف والجور ، يضاف إلى ذلك إشكال وإشكالات لا حصر لها من الإقامة على التنافر ، من حبس فى النفقة ، وتنفيذ بالطاعة ، وهو ما كان يدفع إلى استمرار الشقاق والخلاف بين الزوجين ، وكان يمتد إلى الأولاد ثم الأهل ... من أجل ذلك رآى المصلحون من رجال الدين العدول عن أحكام المذهب الحنفى إلى المذهب المالكى فى شأن أحكام الشقاق بين الزوجين ، بغية أن ينتهى هذا الشقاق إلى إحدى الحسنيين إما الإصلاح بينهما ، وإما التفريق على المودة والرحمة ، فيغنى الله كلاً منهما من سعته . من أجل ذلك كان التطليق بالضرر .

نصت المادة السادسة من القانون ١٩٢٩/٢٥ على أنه " إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما ، يجوز لها أن تطلب من القاضى التفريق ، وحينئذ يطلقها القاضى طلقة بائنة ، إذا ثبت الضرر ، وعجز عن الإصلاح بينهما . فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ، ولم يثبت الضرر بعث القاضى حكمين ، وقضى على الوجه المبين بالمواد ٧ ، ٨ ، ٩ ، ١٠ ، ١١ .

المضارة بين الزوجين

المضارة بين الزوجين متعددة النواحى ، كثيرة الأسباب ، وهى تقضى على ما يجب أن يكون بين الزوجين من الألفة والمحبة وحسن العشرة ، بل وتقضى على الأصل فى الزوجية وهو السكن الذى يقوى روابطها . ولا يقتصر أثر المضارة على الزوجين فقط بل يتعداه إلى ما بينهما من ذرية ، وكل من له علاقة قرابة أو مصاهرة بينهما . ولذلك خاطب الله عز وجل جماعة المسلمين – وأولى الأمر منهم والأهل والأقارب أن يقفوا وراء الزوجين للإصلاح بينهما ، وليتتبعوا ما بينهما من ضرر ليرفعوه ، ويحلّوا محله الود والسكن قال تعالى " وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدا إصلاحاً يوفق الله بينهما إن الله كان عليماً خبيراً " بمعنى أنكم يا جماعة المسلمين ، أو يا أولى الأمر منهم ، إن رأيتم شقاقا بين الزوجين ، أو تجاف يؤدى إلى الخلف بينهما ، أو يكون كل منهما فى جانب عن صاحبه ، وذلك بظهور أماراته ، وقيام دلائله ، فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها ، ليتعرفا حالهما ، وينظرا أمرهما ، ويستظهرا بواطن الأمور ، ويستوضحا ما خفى بينهما ، لما لهذين الحكمين من صلة ومعرفة بأحوالهما ، فإن أرادا إصلاحا يوفق الله بينهما ، يسبب سعيهما ، وحسن قصدهما ، أن الله عليم بأمورهما خبير بأحوالهما . والمضارة عند المالكية عامة ومطلقة حتى أنهم عرفوا الضرر بأنه " ما لا يجوز شرعاً " بمعنى أن كل فعل أو قول لا يقره الشرع يعتبر ضرراً ، وبسبب مضارة .

المضارة وحق التأديب

الأسرة وحدة اجتماعية يحكمها نظام يسعى لدوامها ، وهذا النظام لابد له من رئيس يديره ، ويتولى شؤونه ، وإذا أمعنا النظر فيما يثور من خلاف داخل الأسرة وكيفية الوصول إلى حل له نجد أنفسنا أمام أمر من أمور ثلاثة هى :

١) أن كل خلاف بين الزوجين يكون سبباً لانطلاق المراة من بيتها ، وتنقطع الحياة الزوجية .

٢) إذا شب الخلاف تحضر الشرطة أو يحضر القاضى ويفصلوا فى هذا الخلاف بالجزاء .

٣) أن يعهد إلى عائل البيت ليتدارك هو الخلاف بوسائله بين أحضان البيت ، وهو المسئول عما يجنيه ، وعما يؤديه إليه ، إذا بلغ الكتاب أجله ، وتعذر الوفاق .

ومما لا شك فيه أن أسلم الأمور الثلاثة ، وأقربها إلى المعقول والواقع هو ما اختاره القرآن الكريم . فقد جاءت آيتان فى سورة النساء لوضع خطة محكمة لمعالجة خلاف الرجل مع زوجته . قال تعالى " واللائى تخافون نشوزهن فعظوهن ، واهجروهن فى المضاجع ، واضربوهن فإن أطعنكم فلا يبغوا عليهن سبيلا ، إن الله كان علياً كبيراً . وإن خفتم شقاق بينهما فأبعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدا إصلاحاً يوفق الله بينهما إن الله كان عليماً خبيراً "

إن الخلاف والوفاق بين الزوجين يدوران على دخائل النفوس ، ولفتات الشعور ، ولمحات البشاشة والعبوس . والخلاف قد يبدأ فى لحظة وينتهى فى لحظة وقد ينشأ فى كل يوم ، فليس هناك زوج مثالى ولا زوجة مثالية

، وليس تصرف الزوج بصواب فى كل حال ، ولا اعتراض الزوجة عليه بصواب فى كل حال ، ولا يترك خلافهما بغير ضابط يتدارك هذا الخلاف ، وينفعهما وينفع ما بينهما من أبناء فكان خطاب الله للزوج إن يتولى الأمر إذا ظهرت المعصية ، وخرجت الزوجة عن الطاعة ، ورسم خطاب الله ، منهجاً لتولى هذا الأمر ، ويتدرج المنهج ليشمل كل امــرأة متزوجــة إذا خيف النشوز . ويكون العلاج التدريجى .

أولاً : الموعظة ، والنصيحة الحسنة . هذا هو أول ما يعالج بــه الرجــل خلافه مع زوجته إذا ظهرت أمارات النشوز والخروج عن الطاعة ، وخير النساء وأعقلهن من تجد الموعظة والنصيحة سبيلاً إلى عقلها وقلبها ، وهن الكثيرات القانتات التائبات ، المتورعات عن الإساءة والخروج على منهج الله فيما وضح للميثاق الغليظ من أحكام . مثل هــؤلاء – وهــن كثيــر – محافظات على العلاقة الزوجية التى رعاها الله . والموعظــة والنصــيحة سبيل إلى العقل الكبير العالم بقيمة الود والرحمة والسكن فى العلاقة بــين الزوجين .

ثانياً : الهجر وهو هنا مخاطبة لحاسة أخرى غير العقل الذى لم تؤثر فيه الموعظة والنصيحة ، هذه الحاسة هى نفسية الزوجة . وهذا الهجر . هجر محدد ، هجر فى المضجع لا غير ، لأن الله تعالى قال " واهجروهن فــى المضاجع " بأن يدير الزوج ظهره لزوجته فى الفراش ، إشعاراً لها بغضبه ، وتعبيراً منه بأن سلاح الإغراء الذى تملكه المرأة لا يستبعده ولا يثنيه أو يطويه ، وعليها أن تراجع نفسها . يقول الأستاذ الكبير عباس محمود العقاد إن الهجر فى المضجع " ولا ريب هى العقوبة التى تمــس الإنســان فــى غروره ، وتشككه فى صميم كيانه ، فى المزية التى يعتز بها ، ويحســبها

مناط وجوده وتكوينه . والمرأة تعلم أنها ضعيفة إلى جانب الرجل ، ولكنها لا تأسى لذلك ما علمت فاتنة له ، وأنها غالبته بفتنتها ، وقادرة على تعويض ضعفها ، بما تبعثه فيه من شوق إليها ورغبة فيها . فليكن له ما شاء من قوة ، فلها ما تشاء من سحر وفتنه ، وعزاؤها الأكبر عن ضعفها أن فتنتها لا تقاوم ، وحسبها أنها لا تقاوم بديلاً من القوة والضلاعة في الأجسام والعقول ، فإذا قاربت الرجل مضاجعة له ، وهى فى أشد حالاتها إغراء بالفتنة ، ثم لم يباليها ، ولم يأخذ بسحرها فما الذى يقع فى وقرها ، وهى تهجس بما تهجس به فى صدرها ، أفوات سرور ؟ أحنين إلى السؤال والمعابثة ؟ كلا ... بل يقع في وقرها أن تشك فى صميم أنوثتها ، وأن ترى الرجل أقدر حالاته جديراً بهيبتها وإذعانها ، وأن تشعر بالضعف ، ثم لا تتعزى بالفتنة ، ولا بغلبة الرغبة ، فهو مالك أمره إلى جانبها ، وهى إلى جانبه لا تملك شيئاً ، إلا أن تتقرب إلى التسليم . وتغر من هوان سحرها فى نظرها ، قبل فرارها من هوان سحرها فى نظر مضاجعها ، فهذا تأديب نفس ، وليس تأديب جسد ، بل هذا هو الصراع الذى تتجرد فيه الأنثى من كل سلاح . (١)

هذا الهجر فى المضجع عقوبة نفسية بالغة ، وليست كما يتبادر إلى البعض عقوبة حسية تؤلم المرأة لما يفوتها من سرور ومتعة ، فإن فوات السرور والمتعة أياماً لا يؤلم المرأة هذا الإيلام الذى يجعل الهجر فى المضاجع من أصعب العقوبات دون الطلاق . فأبلغ العقوبات هى العقوبة التى تمس الإنسان فى غروره .

---

(١) المرأة فى القرآن للأستاذ الكبير عباس محمود العقاد .

ثالثاً : الضرب [١] – هذه عقوبة بدنية لمن ؟ لا عقل لها تؤثر فيه الموعظة الحسنة ، ولا حس لها يشعرها بأنوثتها وكيانها أمام زوجها .

إن عقوبة الضرب – جاءت بعد بطلان النصيحة ، وبطلان الهجر ، يقول الأستاذ العقاد " ولم يخل العالم الإنسانى ممن يعاقبون بما يعاقب به المذنبون ، فما دام فى هذا العالم امرأة من ألف امرأة تصلحها العقوبة البدنية ، فالشريعة التى يفوتها أن تذكرها ناقصة ، والشريعة التى تؤثر عليها هدم الأسرة مقصرة ضارة " ومن يعارضون هذه العقوبة إنما يعقون فى حذلقة وتفان رخيص والتماس سمعة باطلة بأبخث أثمانها .

وضرب المرأة التى لا عقل لها يستوعب الموعظة ، ولا حس لها يدرك أنوثتها ، عليه قيود ، لأنه ليس ضرباً مطلقاً ، وإنما هو لاتقاء ما هو أكره منه وهو الطلاق . فالضرب إذن ليس المراد منه الانتقام وإنما هو تهديد بضرب غير مبرح ، فالرسول يقول " ولا تضرب الوجه ، ولا تقبح " وابن عباس قال " يضربها بالسواك " .

شروط الضرر التى يجوز للزوجة طلب التطليق بسببه

لم تعرف المادة السادسة سالفة الذكر الضرر الذى يجيز للزوجة أن تطلب من القاضى التطليق بسببه على زوجها ، واكتفت بوصفه " بأنه لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها " . هذا الشرط ليس موجود فى مذهب المالكية الذى أخذ القانون عنه التطليق بسبب الضرر . فالمالكية يعرفون الضرر

---

[١] ضرب الزوجات أخطر مشكلة فى بريطانيا . هناك دراسة عن العنف داخل الأسرة فى بريطانيا أجرتها مؤسسة بريطانية . ووضعت هارى هارمان وزيرة المرأة البريطانية الدراسة بانها مفزعة ، وقالت إن العنف ضد المرأة داخل المنازل أصبح أهم مشكلة تواجه بريطانيا الآن ، وقالت الوزيرة إنه حسب إحصاءات عام ٩٥ فإن ٤٣ % من أعمال العنف ضد المرأة جرى ارتكابها فى المنزل من جانب الأزواج . وأوضح استطلاع للمرأة أن ٧٩ % من الأزواج يؤكدون أن نسبة كبيرة من أعمال العنف لا يتم الإبلاغ عنها . وأضافت الوزيرة أنها ستدعو الحكومة إلى القيام بحملة ضد العنف فى المنازل فى المنازل - مؤكدة أنه يجب التصدى بحسم لهذه الظاهرة الخطيرة . (أهرام الجمعة ١٩٩٧/١٠/٢٤)

بأنه " ما لا يجوز شرعاً " واكتفوا بأن يثبت لدى القاضى ضـــرر الـــزوج بزوجته .

اشتراط القانون فى الضرر أنه " لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها " فيه مصلحة للأسرة خاصة ، والمجتمع عامة . ذلك أن الحياة الزوجيـــة لا تخلو من بعض المواقف – بين الزوجين – تعتبر ضـــرراً فـــى المـــذهب المالكى ، إلا أنه يستطاع معها دوام العشرة بين الـــزوجين ، ولا تعتبـــر ضرراً فى نظر القانون . وقد عرفت محكمة النقض الضرر بأنه : إيـــذاء الزوج زوجته بالقول أو بالفعل إيذاء لا تـــرى المـــرأة الصـــبر عليـــه ، ويستحيل معه دوام العشرة بينهما .

اشترطت المادة السادسة فى الضرر ما يأتى :

١) أن يكون الضرر راجعاً إلى فعل مادى أو معنوى مصـــدره الـــزوج ، وفى إمكانه إنزاله بزوجته . وفى ذلك تقول المادة " إذا ادعـــت الزوجـــة إضرار الزوج بها " بما مفاده أن يكون الضرر والأذى واقعاً من الـــزوج على زوجته ، لأن القاضى لا يطلق على الزوج إلا إذا كان الضرر آيتـــاً من جهته ، لأن الزوج بإيقاعه الضرر بالزوجة يكون ظالمـــاً ، ووظيفـــة القاضى رفع الظلم .

العبرة فى الضرر الذى تشكو منه الزوجة ، وقوعه من الزوج ، ولا دخل – بعد ذلك – لكون هذا الضرر باختيار الزوج أو قهرا عنـــه ، أو كـــون الضرر إيجاباً أو سلباً . فبعد الزوج عن زوجته بســـبب طلـــب العلـــم أو التجارة أو انقطاع المواصلات أو الحبس أو الأس ، لا يعد عـــذراً يمنـــع الزوجة من طلب التطليق إذا تضررت من بعد زوجها . ولذلك قضى بأن التراخى بالدخول بالزوجة ، وعدم تمكينها من الاستقرار فى حياة زوجيـــة

يترتب عليه ضرر بها ، ولا يسوغ للزوج بأن يتعلل بعدم العثور على مسكن مناسب ، إذ هو أمر لا دخل للزوجة فيه ، ومن واجب الزوج توفير المسكن الشرعى . والتراخى عمداً عن إتمام الزوجية بسبب الزوج يعد ضرباً من ضروب الهجر ، لأن استطالته تنال من الزوجة وتصيبها بأبلغ الضرر ، ومن شأنه أن يجعلها كالمعلقة ، فلا هى ذات بعل ولا هى مطلقة . (١)

ومن الضرر ترك المرأة معلقة بسبب عدم إيفائها معجل صداقها ، ذلك أن الإجماع على أن أداء المهر واجب شرعاً للزوجة على زوجها ، إبانة لشرف المحل ، وإن صح النكاح بدونه ، بحيث يجوز لها أن تمتنع عن أن تزف إلى زوجها والدخول فى طاعته حتى يستوف منه الحال من صداقها الذى اتفق على تعجيله ، ولا تعد ناشزاً بهذا الامتناع عن طاعة الزوج .

ومن الضرر أيضاً هجر الزوج زوجته إذ ينال هذا الهجر منها سواء كان ناجماً عن فعل إيجابى من الزوج أو بفعل سلبى بالامتناع عن الوفاء بالتزامه نحوها فيكون واقعاً بسبب منه لا منها . (٢)

ومن الضرر اتهام الزوج زوجته وأهلها بالسرقة ، وكذلك تعدد الخصومات القضائية بين الزوجين ، وقد قضى بأن الأصل أن التبليغ من الحقوق للأفراد ، وأن استعماله لا يمكن أن يرتب مسئولية ، طالما صدر معبراً عن الواقع حتى لو كان الانتقام هو ما حفز إلى التبليغ ، لأن إباحة هذا الحق لا تتنافر مع كونه يجعل دوام العشرة بين الزوجين مستحيلاً لاختلاف

---

(١) نقض ٤٧/٥ ق السنة ٣٠ ص٩٠٩ .
(٢) نقض ٤٨/١٩ ق السنة ٣٠ ص٥٩١ .

المجال الذى يدور فى فلكه مجرد الادعاء أو التبليغ ومدى تأثيرها في العلاقة الزوجية [1]

الضرر الذى تتضرر منه الزوجة يستوى فيه أن يقع على بدنها أو عرضها ، ولذلك إذا لم يلحقها ضرر زوجها ، فليس لها طلب التطليق . ونصوص المالكية صريحة فى أن فسق الزوج لا يوجب التطليق ما دام أثره لا يتعداه إلى زوجته . [2]

هذا ويلاحظ أنه إذا وقع الضرر أو الأذى من الزوج على زوجته ، وإن بإمكان الزوج إزالة هذا الضرر ، أو محاولة رأبه ، فإن ذلك لا يمنع من التطليق إذا أصرت عليه الزوجة . ذلك أنه إذا صادف ضرر الزوج محله ، وحاق بالزوجة معقباته ، فإنه لا يمنع من التطليق زوال الضرر ، أو محاولة رفعه عن الزوجة ، لأن مناط التطليق هو وقوع الضرر الذى تدعيه الزوجة . [3]

٢) أن يكون الضرر الذى تدعيه الزوجة مما لا يستطاع معه دوام العشرة بينهما . ويظهر هذا الضرر من معاملة الزوج معاملة شاذة ، تشكو منها ، ولا ترى الصبر عليها .

معيار الضرر

الضرر الذى يوقعه الزوج بزوجته غير معرف أو موصوف بالنص ، ولذلك كان معياره موضوعياً ، يقوم القاضى بالبحث عنه فى أوراق الدعوى ومستنداتها ، وتعقب دواعيه ، والمتسبب فيه . وقد قضى بأن معيار الضرر الذى لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثال الزوجين هو

---

[1]) نقض ٤٧/٢ ق السنة ١٦٧٤/٢٩

[2]) حاشية الشيخ حجازى على مجموع الأمير ص٤٧٦ .

[3]) نقض ٤٧/٤ ق س٣٠ ص٩١٠ .

معيار شخصى لا مادى ، ومؤدى هذا أن إفشاء سر الزوجة أو التراخى في الدخول بها يعتبر ضرراً .

٣) أن يثبت الضرر ويعجز القاضى على الإصلاح بين الزوجين ،. ومقتضى هذا الشرط أن القاضى إذا طلق على الزوج قبل عرض الصلح على الطرفين للتوفيق بينهما كان قضاؤه باطلاً ، وذلك باعتبار أن سعى القاضى للصلح بين الطرفين – قبل التطليق جوهرى أوجبه نص المادة السادسة ، ولصيق بالنظام العام .

كيفية عرض الصلح فى دعوى التطليق للضرر

لم ترسم المادة السادسة من القانون ١٩٢٩/٢٥ طريقاً معيناً لمحاولة الإصلاح بين الزوجين ، كما أنها لم تستوجب مثول الزوجين معاً إتمام المحكمة عند اتخاذ هذا الإجراء ، ومؤدى هذا أن القاضى يجب عليه أن يحاول الصلح بين الزوجين ، سواء حضرا معاً أو حضر أحدهما دون الآخر ، وهو ليس مطالب بتحقيق نتيجة بعرضه الصلح ، وإنما عليه مجرد السعى للصلح .

عرض الصلح أمام محكمة أول درجة ورفض الزوجة لهذا الصلح كاف لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين دون حاجة لإعادة عرضه أمام محكمة الاستئناف .

عرض الصلح من محكمة أول درجة على الزوجة فى غيبة الزوج ، ورفضها الصلح كاف لإثبات عجز القاضى عن الصلح بين الزوجين .

خلو محاضر جلسات المحكمة أول درجة وثانى درجة من إثبات أن محاولات الإصلاح بين الزوجين قد بذلت لا يتحقق به شرط عجز القاضى عن الإصلاح .

عرض الصلح على الزوجة الحاضرة بشخصها وعلى وكيل الزوج ، ورفضها للصلح كاف لإثبات عجز القاضى عن الإصلاح بين الزوجين .

عرض الصلح على الزوجين أمام محكمة أول درجة ورفضه من الحاضر عن الزوجة كاف لإثبات عجز المحكمة عن الصلح ، لا يوجب لعرض الصلح مرة ثانية أمام محكمة الاستئناف .

عرض الصلح على وكيلى الزوجين ورفضهما أو رفض أحدهما للصلح كاف لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين .

إثبات الضرر الموجب للطليق

اشترطت المادة السادسة لإجابة الزوجة إلى طلبها التطليق للضرر ، أن يثبت إضرار الزوج بها . ولم يحدد النص نوع الضرر ولا وسيلة إثباته ، بما مؤداه أنه يجوز للزوجة أن تستند فى إثبات الضرر إلى كل – أو بعض – الضرر الذى وقع من الزوج عليها . وقد أكدت محكمة النقض ذلك إذ قضت بأن المقصود بالضرر فى هذا المجال ، هو إيذاء الزوج زوجته بالقول أو بالفعل ، إيذاءً لا يليق بمثلها ، بحيث تعتبر معاملته لها – فى العرف – معاملة شاذه تشكو منها ، ولا ترى الصبر عليها . ولم يحدد النص وسيلة الإضرار التى تخول لها الحق فى طلب التطليق للضرر ، ومن ثم يكون من حق الزوجة أن تستند فى التدليل على حصول المضارة ، إلى كل أو بعض صور المعاملة التى تتلقاها من زوجها من قبيل الضرب أو السب أو الهجر ، ولها أن تضيف فى مرحلة الاستئناف صوراً من الضرر لم تطرحها أمام محكمة أول درجة ، دون أن يعتبر ذلك طلباً جديداً أمام محكمة الاستئناف ، لأن الطلب الجديد هو ما يتغير به موضوع الدعوى . ولا يتغير طلب التفريق بين الزوجين للضرر طبقاً للمادة

السادسة بتغير ما صدر من الزوج من قول أو فعل تضررت منه زوجته . فإذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى بتطليق المطعون ضدها للهجر حال أنها لم تطرحه إلا أمام محكمة الاستئناف بحسبانه صورة من صور الضرر الذى أقامت دعواها التطليق على سند منه ، وليس سبباً جديداً يمتنع عليها قبوله فإن حكمها يكون قد صادف صحيح القانون . [1]

وثبوت الضرر الموجب للتطليق على الزوج من مسائل القانون التى يجب بيانها فى الحكم الصادر بالتطليق حتى يمكن لمحكمة النقض مراقبته فى ذلك .

وقد ذهبت بعض الأحكام إلىّ أن بينة الضرر هى رجلين وليس رجل وامرأتين أخذا بمذهب المالكية الذى أخذ عنه التطليق للضرر . إلا أن أحكاماً أخرى ذهبت إلى أنه وإن كان المشرع فى المادة السادسة قد نقل حكم التطليق من مذهب المالكية إلا أنه لم يُحِلْ فى إثباته إلى قواعد هذا المذهب فى الإثبات ، كما لم يحل على قواعد خاصة فى هذا الشأن ، ولذلك يتعين الرجوع فى قواعد الإثبات المتصلة بذات الدليل إلى أرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة . [2]

لا يثبت الضرر عند الأحناف بشهادة النساء منفردات ، وإنما يتعين عدم التفريق بين المرأتين عند إدلائهما بالشهادة لأن الله تعالى قال فى سورة البقرة " واستشهدوا من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى " هذه الآية الكريمة وإن كانت لم تشترط اجتماع المرأتين عند الإدلاء بالشهادة إلا أنها أوردت العلة فى ذلك وهى :

---

(1) طعن رقم ٦٠/٥٣ ق أحوال شخصية السنة ٤٤ ص١٦٦ .

(2) راجع المادة الثالثة من القانون رقم ١/ ٢٠٠٠ وطعن ٣٨/١٦ ق أحوال س٢٥/٩٧٩ ونقض ٤٨/١٥ ق .

١) جعل شهادة المرأتين مساوية لشهادة رجل واحد .
٢) أن المرأة معرضة للنسيان ، وهذا قول الله لمن يعتقده .
٣) وجود امرأة أخرى مع الشاهدة يعينها على التذكر ، تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى .
٤) وجود امرأتين فى مجلس القاضى ، ليس كوجود امرأة واحدة .

ومقتضى ما تقدم اشترط الأحناف سماع شهادة المرأتين مجتمعتين . وقضت محكمتنا العليا بأن مقتضى اشتراط سماع شهادة المرأتين مجتمعتين ، لا يكون إلا إذا جاءت أقوالهما غير متطابقتين ، أما إذا اتفقت أقوالهما ، فإن موجب عدم التفريق بينهما – عند الشهادة – يكون منتفياً [1]. ونحن لا نتفق مع محكمتنا العليا فى هذا الاستخلاص ، لأن الآية الكريمة لا تفيد صراحة أو دلالة ، فضلاً عن أن استخلاص محكمتنا العليا مؤداه أن تسمع شهادة المرأة منفردة ، ثم تسمع شهادة الأخرى ، فإن جاءت شهادتهما متفقة فلا موجب للجمع بينهما ، وإن جاءت شهادة كل منهما مخالفة للأخرى ، أعيد سماع شهادتهما مجتمعتين ، وهذا لا يتفق مع حسن سير إجراءات التحقيق . يضاف إلى كل ما تقدم أن الآية الكريمة تعطى معنى آخر هو أن المقصود سماع شهادة امرأة واحد فى حضور الأخرى ، فإن ضلت الشاهدة ذكرتها المرأة الثانية .

المالكية وإثبات الضرر

يشترط المالكية فى شهود الضرر الموجب للتطليق على الزوج أن يضمنوا أقوالهم أنهم لا يعلمون أن المضر من الزوجين رجع عن إضراره بصاحبه ، وأقلع عنه ، وإلا لم تعمل بشهادته . ولذلك يقولون إذا أدعى الزوج أن

---

[1]) طعن ٥/٥٥ ق أحوال .

زوجته مكنته من نفسها بعد قيامها بالضرر – وصدقته – سقط حقها في طلب التطليق بهذا الضرر ، يستوى فى ذلك أن تكون جاهلة أو عالمة . واعتبر المالكية ثبوت الخلوة بين الزوجين بعد ادعاء الضرر ، بمنزلة تصديق الزوجة أنها مكنت زوجها منها برضاها بعد القيام بالضرر . وسبب ذلك أن القول لمدعى الوطء فى الخلوة .

ولا يجوز عند المالكية شهادة النساء وحدهن وسبب ذلك أن الطلاق من معانى الحدود ، فلا تجوز شهادة النساء .

وعند المالكية أيضاً يجوز للزوجة أن تشترط على زوجها أنها مصدقة إذا ادعت عليه الضرر ، بغير يمين تؤديها ، وهذا الشرط يكون جائزاً إذا كان بعد العقد ، أما إذا كان الشرط فى صلب عقد الزواج – فقد قال سحنون : لا تصدق فى إدعاء الضرر بعد الدخول إلا ببينة . وحجته الخوف من فسخ النكاح قبل البناء بها ، ولذلك لا يصدقها فى ادعاء الضرر بعد الدخول إلا إذا قدمت بينة على ما تدعيه . وقيل يلزم الشرط ولو كان بصلب العقد لأن الزوج جعل لها هذا الشرط .

***

هل يجوز إثبات الضرر بقول الزوجة وحدها

الضرر الواقع من الزوج على زوجته ، والذى يجعل لها الحق فى طلب التطليق عليه ، غالباً ما يقع فى حالات خاصة ، وغير مشاهدة من الغير ، فيصعب على الزوجة إثباته . ولذلك – وتيسيراً لتحقيق العدالة ، وإظهاراً للحقيقة الواقعة بين الزوجين يتعين الرجوع إلى فقه المالكية الذى استمد القانون منه التطليق للضرر . والمالكية يقبلون الشهادة على الضرر بالسماع – الذى هو الشهرة فى محيط الزوجين على السنة الجيران والنساء

والخدم وغيرهم بأن فلاناً يضر بزوجته فلانه ، بضرب أو بشتم فى غير حق ، أو تجويع ، أو عدم كلام ، أو تحويل وجهه عنها فى فراشه . والمالكية عندهم قاعدة هى " ليس عندنا فى قلة الضرر وكثرته شئ معروف " وهذا يؤكده تعريضهم للضرر بأنه ما لا يجوز شرعاً .

والمالكية لا يشترطون معاينة الشاهد واقعة الضرر - مادية كانت أو معنوية - متى كانت هذه الواقعة مما تخفى عادة على غير الزوجين حسب الظروف والأوقات .

كما أن المالكية لم يتركوا أمر الضرر الذى يصعب على الزوجين إثباته بشهادة الشهود ، أو تقيم عليه بينه أمام القاضى ، فأخذوا بمجرد ادعاء الزوجة الضرر ، فإذا هى تضررت من ترك الزوج وطأها ، وحرمانها مما تقتضيه دواعى الحياة الزوجية وتخشى على نفسها الفتنة ، فى هذه الحالة قال المالكية يطلق القاضى على الزوج بالاجتهاد ، ولو لم يقصد الزوج الضرر ، وتصدق الزوجة فى تضررها من ترك الزوج وطأها إذا طالت مدته ، وخشيت على نفسها الفتنة ، وهذه الخشية لا تعلم إلا جهتها وتصدق فيما تدعيه . [1]

هذا ويلاحظ ان ضرر ترك الوطء مؤد إلى التطليق على الزوج . أما مجرد شهوة الزوجة للجماع فلا توجب طلاقها .

حق المرأة فى وطء الزوج

لم يترك الفقهاء حق المرأة فى وطء زوجها دون بيان ، بل تناولوا ذلك ، فقرروا أن الجماع من مقاصد النكاح الأساسية ، إذ المرأة تحتاجه ، كما يحتاجه الرجل ، فهما شقائق " النساء شقائق الرجال " . فترك جماع الزوج

---

[1] الشرح الكبير للدردير جزء ٢ ص٤٣١ .

زوجته أمر يلحق الضرر بها ، ولذلك كان التطليق بالجب والخصاء والعنة ، والإيلاء محل اتفاق بين الفقهاء ، وسبب التطليق فى هذه الحالات هو عدم الوطء ، أو عدم القدرة عليه . وقد أوجب المالكية على الزوج وطء زوجته ، ويقضى عليه إذا تضررت بتركه ، لأن المرأة لها أن تقضى وطرها ، كما يقضى الرجل وطره ، لأن لكل من الزوجين حق الاستمتاع بالزوج الآخر . قال تعالى " ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف " وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعبد الله ن عمر " إن لزوجك عليك حقاً " وذلك عندما شكاه والده لرسول الله حينما قالت زوجة عبد الله لعمر " نعم الرجل من رجل لم يطأ لنا فراشا ، ولم يفتش لنا كَنَفاً (1) منذ أتيناه " فذكر عمر ذلك لرسول الله فقال إئتنى به ... "

وفى هذا المقام واقعة أخرى نرى عرضها لنبين أن ترك الزوج وطء زوجته باعث على شكواها الضرر . فقد ذهب سلمان الفارسى لزيارة أبى الدرداء ، فرأى ، أم الدرداء ، مبتذلة ، فقال لها سلمان ، ما شأنك يا أم الدرداء ، فقالت : أخاك أبا الدرداء ، ليس له حاجة فى الدنيا ، فصنع له طعاماً ، فقال أبو الدرداء " إنى صائم " فقال سلمان ما أنا بآكل حتى تأكل ، فأكل أبو الدرداء ، فلمت كان الليل ذهب أبو الدرداء يقوم ، فقال له سلمان : نمْ ، ثم ذهب يقوم فقال " نم ، فلما كان آخر الليل قال سلمان لأبى الدرداء قم فصل ، وقال سلمان " إن لربك عليك حقا ، ولنفسك عليك حقاً ، ولأهلك عليك حقاً ، فأعط كل ذى حق حقه " ثم أتى سلمان النبى وذكر له ذلك ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم " صدق سليمان " فقد جعل الرسول

(1) الكنف الحضن يعنى ما بين العضدين والصدر .

بموافقته لسلمان فيما ذهب إليه حقاً للزوجة ، وهذا الحق هو الجماع ، إذ هو باعث الشكوى فمجئ الحكم بعد دليل وجوبه "

والأكثر من ذلك فقد هدت السنة إلى صحة مباشرة الزوجة ، وأرشدت الزوج إلى مباشرة زوجته قبل جماعها ، حتى تتهيأ وترغب لما رغب هو فيه ، فتنال ما ينال الزوج من لذة الجماع . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " لا تواقعها إلاّ وقد أتاها من الشهوة مثل ما آتاك لكي لا تسبقها بالفراغ " وقال " إذا غشى الرجل أهله فليصدقها ، فإن قضى حاجته ، ولم تقضى هى فلا يعجلها " .

ولم يكتف الفقهاء بحق المرأة فى وطء زوجها ، بل جعلوا لها حقاً فى مائة ، فلا ينزع إذا قرب الإنزال فينزل خارج الفرج ، لأن الوطء مع الإنزال سبب لحصول اللذة ، وحصول الولد وبالعزل يفوت ذلك .

قضى بأن المادة السادسة لم تبين نوع الضرر الموجب للتفريق ، فوجب الرجوع إلى مأخذ المادة ، وهو مذهب الإمام مالك ، ومنه يتضح أن فروع التطليق تكاد تجمع على أن الأصل فيها هو شكاية المرأة من هجر فراشها ، وعدم وقاعها ، فقد جاء فى باب الإيلاء من كتاب الشرح الكبير متناً وشرحا ما نصه " واجتهد الحاكم بلا ضرب أجل إيلاء ، وطلق على الزوج فى حلفه لأعزلن عنها ، بأن يمنى خارج الفرج ، أو حلفه لا أبيت عندها ، لما فيه من الضرر والوحشية ، بخلاف لا أبيت معها فى فراش مع بياته معها في بيت ، أو يترك الوطء ضرراً ، فيطلق عليه بالاجتهاد ، وإن كان حاضراً ، بل وإن كان غائباً . ولا مفهوم لقوله " ضرراً " بل إذا تضررت من ترك الوطء طلق عليه بالاجتهاد لم يقصد الضرر ، يدل على ذلك قوله " سرمد " أى دوام العبادة ، ورفعته فيقال له إما أن تطأها أو

تطلقها ، أو يطلق عليك ، بلا ضرب أو أجل للإيلاء على الأصح في الفروع الأربعة .

وجاء في الحاشية " ومعنى الاجتهاد في الطلاق عليه ، أن يجتهد في أن يطلق عليه فوراً ، بدون أجل أو يضرب له أجلاً ، واجتهد في قدره من كونه دون أجل الإيلاء ، أو قدره أو أكثر منه ، فمما تقدم – وغيره في كتب المالكية كثير وشائع – يتبين أن الضرر عندهم ، وهو مأخذ المادة السادسة ليس خاصاً بالشقاق بين الزوجين لسوء الخلق ، بل كما يكون به ، يكون بغيره ، وهو الأغلب الذي يرجع سببه إلى ترك الوطء .

جاء في جواهر الأكليل [1] شرح مختصر خليل إن ترك الوطء " لقصد إضرار لإحدى الزوجات بعدم الوطء سواء تضررت بالفعل أم لا ككفه – أي الزوج عن وطء إحدى زوجتيه مع ميل طبعه وهو عندها لتتوفر لذته لزوجته الأخرى ، فيجب عليه ترك الكف ، لأنه إضرار . ولا حرج على الزوج أن ينشط لجماع في يوم هذه دون الأخرى ، إلا أن يفعله ضرراً ، أو يكف عن هذه للذته في الأخرى ، فلا يحل .

معيار الضرر وتقديره

الضرر سبب لطلب التطليق عند المالكية ، وهو ما لا يجوز شرعاً . وفي تحديده ، ضربوا أمثلة له . وكتب المالكية تقول " من الضرر قطع كلامه عن زوجته وتحويل وجهه في الفراش عنها ، وإيثار وزوجة أخرى عليها ، وضربها ضرباً مؤلماً . [2]

---

[1]) جزء أول ص٣٢٦ .

[2]) مواهب الجليل لابن مرجون جزء ٤ ص١٧ .

وقال مالك من يريد العبادة ، أو ترك الجماع لغير ضرر ، ولا علة ، قيل له إما أن تطأ أو طلقت .[1]

وجاء فى جواهر الإكليل[2] أن ترك الوطء لقصد إضرار إحدى الزوجات – بعدم الوطء – سواء تضررت بالفعل أم لا – ككف الزوج عن وطء إحدى زوجتيه مع ميل طبعه إليه وهو عندها لتوافر لذته لزوجته الأخرى فيجب عليه الكف لأنه إضرار . وتنشيط الزوج نفسه للجماع فى يوم إحدى زوجتيه إضراراً بالزوجة الأخرى ضرراً بها ، أو يكف عن هذه للذته مع الأخرى فلا يحل .

وجاء فى الشرح الكبير للدردير أن من الضرر سب الزوجة ، وسب أبيها بنحو يا بنت الكلب ، يا بنت الكافر يا بنت الملعون كما يقع كثيراً من رعاع الناس ويؤدب على ذلك زيادة على التطليق كما هو ظاهر وكوطئها فى دبرها .[3]

الضرر عند المالكية هو " ما لا يجوز شرعاً " وجرح مشاعر الزوجة وإحساسها أمر لا يجوز شرعاً ، ولها أن تطلب التطليق ، وتجاب إلى طلبها إذا ثبت هذا الضرر ولو مرة واحدة ، وكأن المالكية بتحديدهم للضرر وأمثلتهم له يجعلون تقدير الضرر ، والفعل الذى تتضرر منه الزوجة لمطلق تقديرها ، غير أن الضرر الذى عنته المادة السادسة من القانون ١٩٢٩/٢٥ ذهبت إلى غير ما ذهب المالكية ، إذا اشترطت المادة فى الضرر شروط أربعة :

---
[1]) التاج الأكليل للمواق .
[2]) جزء الأ، ص ٣٢٦ – الشرح الكبير للدردير جزء ٢ ص٣٣٩ .
[3]) الشرح الكبير للدردير جزء ٢ ص٣٤٥ .

أحدهما : أن يكون الضرر واقعاً من الزوج على زوجته ، وفى ذلك قضى بأن الموجب للتطليق هو الضرر الواقع من الزوج على زوجته نفسها ، فلا يوجب على أحد من أهلها تطليقها عليه ولا يسمى هذا ضرراً واقعاً عليها ، وقضى أن القاضى لا يطلق على الزوج إلا إذا كان الضرر آتياً من جهته لأنه يكون ظالماً ووظيفة القاضى رفع الظلم .

ثانيهما : أن يكون الضرر بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين الزوجين ، وفى ذلك قضت محكمة النقض أن الشارع اشترط للقضاء بالتطليق ثبوت الضرر بما لا يستطاع معه دوام العشرة ، وهذا الشرط يدل على أن معيار هذا الضرر معيار شخص ، لا مادى ، وأن تقدير مداه مما يدخل فى سلطة قاضى الموضوع .

الثالث : أن يكون الضرر مقصوداً من الزوج ومتعمداً ، سواء كان إيجابياً أو سلبياً ، وأن يكون فى قدرة الزوج إيقاع هذا الضرر بزوجته .

الرابع : أن يكون الضرر بدرجة يعجز معها القاضى عن الإصلاح بين الزوجين . ومقتضى هذا أنه يجب على المحكمة التدخل بين الزوجين – قبل الحكم – بغرض إزالة أسباب الشقاق بين الزوجين المتخاصمين ، فإن قضت بالتطليق دون أن تحاول التوفيق بين الزوجين كان قضاؤها باطلاً باعتبار أن سعيها للإصلاح قبل الحكم بالتفريق إجراء جوهرى أوجبه القانون ولصيق بالنظام العام .

الضرر معيار شخصى لا مادى

الضرر الواقع من الزوج على زوجته – باعتباره سبباً لطلب التطليق عليه – سواء كان بالفعل أو بالقول ، معياره شخصى لا مادى . وتصويره بما لا يستطاع معه دوام العشرة أمر موضوعى متروك لقاضى الموضوع ،

ويختلف باختلاف بيئة الزوجين ودرجة ثقافتهما والوسط الإجتماعى الذى يحيط بهما . فاتهام الزوج زوجته وأهلها بالسرقة وتعدد الخصومات بينهما ضرر لا يمكن أن تدوم معه العشرة بينهما .

والتبليغ ضد الزوجة – وإن كان من الحقوق المباحة ، وان استعماله لا يمكن أن ترتب مسئولية طالما معبراً عن الواقع ، حتى ولو كان الانتقام هو الذى حفز إليه ، إلا أن إباحة هذا الحق لا يتنافر مع كونه يجعل دوام العشرة مستحيلاً ، لاختلاف المجال الذى يدور فى فلكه مجرد إقامة الإدعاء أو التبليغ ، ومدى تأثيرهما على العلاقة بين الزوجين . [1]

ثبوت واقعة هجر الزوج زوجته فى الفراش تكفى وحدها للحكم بالتفريق

لا يقوم على إفشاء السر الخاص الذى بينه وبين زوجته إلا من يكون بغضه لها قد أخذ منه ، واصبح لا يبالى بالعلاقة المقدسة . فمن تكون حالته هذه مع زوجته لا يمكن أن تكون معيشتهما الزوجية إلا وبالا ، وشقاءاً يجب إزالته مشرعاً .

طمع الزوج ووالده فى أموال زوجته ورفضها ذلك ، قد يكون من أعظم أسباب الشقاق القائم بين الزوجين ، والنزاع المالى دائماً من أخطر أنواع النزاع بين الناس ، فهو بلا شك مانع من دوام العشرة بين الزوجين – خاصة والزوج رجل غير متعلم .

تراخى الزوج عمداً فى الدخول بزوجته والاستقرار فى حياة زوجية طوال أربع سنوات ضرب من الهجر يترتب عليه ضرر محقق بالزوجة لأن استطالته تنال منها وتصيبها بأبلغ الضرر ومن شأنه أن يجعلها كالمعلقة فلا هى ذات بعل ولا هى مطلقة .

---

[1]) نقض ٤٧/٢ ق السنة ٢٩ ص١٦٨٦ .

طعن الزوجة فى عقلها ، أو أهليتها ، أو جــرح عواطفهـــا ، أو خـــدش شعورها وكرامتها وكرامة أسرتها مع وجود أجنبية فى منزلـــه والزوجـــة بعيدة عنه ، كل هذا ضرر يجوز معه للزوجة أن تطلب التطليـــق علـــى الزوج بسببه .

تقديم الزوج خطابات زوجته له رغبة منه فى الاستشهاد على تبادل المحبة بينهما ، وأن هذه الخطابات بها ما كان ينبغى ألا يطلع على ما فيها أحـــد خلاف الزوجين ولم يكن من اللائق عرضها فى أثناء الخصومة مهما كان الحال بين الطرفين ، إذ فيها ما لا يصح ذكره فى التقاضى إذا كان الزوج مبقياً على زوجته ، إلا الذى يدل على أن فعل الزوج قصد بـــه التشـــهير بزوجته ، وهذا التقديم فى ذاته فيه إضرار بها وأساء لها .

تكرار شكوى الزوجة من الضرر

نصت المادة السادسة على أنه إذا " رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ، ولم يثبت الضرر بعث القاضى حكمين وقضى على الوجه المبين بـــالمواد ٧ ، ٨ ، ٩ ، ١٠ ، ١١ .

تكرر الشكوى الذى قصدته المادة هو رفع دعوى جديدة من الزوجة طالبة التطليق على الزوج للضرر ، وقد سبق أن رفضت دعوى سابقة رفعتهـــا طالبة التطليق للضرر . هذه الدعوى الجديدة تأخذ مساراً يخالف ما سارت عليه الدعوى الأولى ، فإذا أثبتت الزوجة ضرر الزوج بها ، طلقت عليـــه المحكمة ، وإذا لم تثبت لا يقضى برفض دعواها ، وإنما تبعث المحكمـــة حكمين للإصلاح بينها وبين زوجها طبقاً لأحكام مواد التحكيم .

المراد بتكرر الشكوى

المراد بتكرر الشكوى أن يستمر الخلاف بين الزوجين – سواء عادت الزوجة إلى الزوج بعد رفض دعواها الأولى ، أو لم تعد – ويصر الزوج على الإضرار بزوجته ، أو تدعي هي ذلك ، بإساءة جديدة بعد رفض دعواها الأولى .

تكلم المالكية عن تكرار الشكوى في أحكام النشوز ، فقالوا إن للزوج وعظ من نشزت ، ثم هجرها ، ثم ضربها ضرباً غير مبرح إن ظن إفادته ، وقالوا " ولا يجوز الضرب المبرح ولو علم أنها لا تترك النشوز إلا به ، فإن وقع فلها التطليق عليه . ومؤدى هذا أن الضرب المبرح الذى يترك أثراً أو يشين وجهاً غير جائز حتى أن المالكية يقولون إذا إدعى بالضرب تأديباً ، وادعت هي العداء فإنها تصدق في قولها ، ما ل يكن الزوج معروفاً بالصلاح فيقبل قوله .

إذا وقع الضرب المبرح فللزوجة طلب التطليق ، وإذا أثبتت الضرر قضى لها وإلا رفضت دعواها . فإذا ادعت الزوجة بعد ذلك الضرر – أي تكررت شكواها – وعجزت عن إثبات دعواها بعث القاضي حكمين من أهلهما إن أمكن لأن الأقارب أعرف ببواطن الأحوال ، وأطيب للصلاح ، ونفوس الزوجين أسكن لهما ، فيبرزان لهما ما في ضمائرهما من الحب والبغض وإرادة الفرقة أو الصحبة .

شروط الشكوى الجديدة من الضرر

١) أن تعود المعاشرة الزوجية بين الزوجين ، بمعنى أن الزوجة تعود إلى منزل الزوجية يستأنفا معاً حياتهما من جديد ثم يثور الخلاف بينهما ، وتدعي الزوجة – بعد ذلك – ضرراً جديداً وقع عليها من الزوج .

ويستوى أن يكون أصل الضرر هو الخلاف السابق ، ثم تجدد بعد عــودة الحياة بينهما ، أو أن يكون الضرر ناشئاً بينهما من جديد وبسبب جديد .

وقد يقع الضرر من الزوج على زوجته رغم عدم عودتها لمنزل الزوجية – بعد رفض دعواها السابقة – كأن يضربها بمقر عملها ، أو يتعدى عليها بالطريق العام ، وفى ذلك قضت محكمة النقض بأنه إذا كان البــين مــن الحكم المطعون فيه أن الموضوع مختلف فى الدعويين لأن الدعوى الأولى رفعت عن الوقائع السابقة عليها أما الدعوى الثانية فهى عن وقائع أخــرى استجدت بعد صدور الحكم فى الدعوى الأولى ، إذ حدث عند انصــراف المطعون ضدها عقب نظر الاستئناف المرفوع عن دعوى الطاعة ، ولمــا كان من حق المطعون ضدها أن ترفع دعواها بالتطليق عن هذه الواقعــة الجديدة لتدفع عن نفسها الضرر الذى ادعت أثناء قيام الحياة الزوجية دون أن يلزم أن تكون مقيمة معه . (1)

شروط عودة العلاقة بين الزوجين – حقيقة أو حكماً – أساسه أن رفــض الدعوى الأولى فيه نفى وقوع الضرر من الزوج على زوجته .

٢) أن يكون الضرر الذى تدعيه الزوجة – فى الدعوى الجديدة – مســتنداً إلى وقائع جديدة غير الوقائع التى أقامت دعواها الأولى علــى أساســها .

ولذلك قضت محكمتنا العليا بأن نص المادة السادسة يدل على أن من حق الزوجة أن ترفع دعوى جديدة تطلب فيها التطليق لــذات الســبب وهــو الضرر ، على أن تستند فى ذلك إلى وقائع جديدة ، مغايرة لتلك التى رفعت الدعوى الأولى على أساسها . (2)

---

(1) نقض ٤٠/٤٦ ق .

(2) نقض ٥٠/٤٦ ق السنة ٢٥ ص٣٧٨ ونقض ٤٢/١٧ ق السنة ٢٦ ص١٥٠٤ .

إذا تكررت الشكوى من الزوجة تعين على القاضي – قبل بعث حكمين – أن يتحقق أولاً من أن الضرر المدعى به فى الدعوى الثانية قد وقع بعد عودة العلاقة بين الزوجة وزوجها سواء بالإقامة بمنزل الزوجية ، أو اعتراضه لها بالضرر خارج هذا المنزل . فإذا ثبت من بحث وقائع الدعوى الثانية أن الزوجين لم يتلاقيا بعد – حقيقة أو حكماً – رفض الدعوى دون بعث حكمين حتى لا يكون فى تخلف هذا الشرط إغراء للزوجة المشاكسة فى فصم عرى الزوجية بلا مبرر . من نص فى القانون رأى فى المذهب الذى أخذ عنه نص المادة السادسة وقد اكتفى رأى فى القضاء برفض دعوى التطليق الأولى للعجز عن إثبات الضرر ، فإذا رفعت الزوجة بعد ذلك دعوى ثانية مدعية إضرار الزوج بها – ولو لم يلتقيا – بعد رفض الدعوى الأولى – وعجزت عن إثبات الضرر بعث القاضى بحكمين طبقاً للمواد من ٧ : ١١ من القانون .

ونرى أن فى هذا الرأى نظر لما سبق أن بينا وللأسباب الآتية :

١) وردت عبارة " إذا تكررت الشكوى ، بالنص مطلقة ، فلم تبين ما إذا تكررت الشكوى بعد مخالطة الزوج أم لا ، ومن المقرر فى الفقه والقضاء أنه إذا جاء النص مطلقاً تعين الرجوع إلى مصدره ، ومصدر النص مذهب المالكية الذى يقول : إذا ثبت تعدى الزوج يمنعه الحاكم ويسكنها بين قوم صالحين ليعلم ظلم أيهما للآخر ، فإذا ادعت الزوجة الضرر بعد ذلك وعجزت عن إثباته بعث القاضى بحكمين من أهلهما .

٢) الفرض فى النص أنه إذا تكررت الشكوى من إيذاء الزوج خلال معاشرة بين الزوجين ، فإذا لم تقم هذه المعاشرة ، أو لم يلتقيا بعد رفض

الدعوى الأولى كان الحكم الصادر فيها مبرئاً ساحة الزوج من أى إضرار وقعت منه .

٣) المفروض أنه عند عدم تلاقى الزوجين – بعد رفض الدعوى الأولى ، لا يوجد ضرر من الزوج ، ومن ثم لا تستطيع الزوجة أن تدعى ضرراً وقع منه ، فكيف نبعث بحكمين إلى الزوجين عن واقعة لم تتم ، وقد اشترطها النص .

٤) الأخذ بالرأى المخالف مدعاة للزوجة المشاكسة لفصم عرى الزوجية بدون مبرر – إذا شاءت ذلك – بأن ترفع دعوى تطليق للضرر ، ثم تقف فيها موقفاً سلبياً ، فيقضى فيها بالرفض لعدم إثباتها الضرر ، ثم تعود للقاضى مكررة شكواها ، وهى على يقين من بعث الحكمين ، ولابد لهما أن يفرقا بين الزوجين ، سواء وقع من الزوج ضرر أما لم يقع ، ثبت هذا الضرر أم لم يثبت . وحاش للمشرع الإسلامى أن يهدف إلى هذا فى أحكامه ، كما أن المشرع الوضعى لا يرضى عن التطليق على هذا الوضع

هل يعتبر العقم ضرراً يجيز للزوجة طلب التطليق على الزوج

قبل أن نتعرض لبعث الحكمين بين الزوجين نود أن نعرض لما إذا كان عقم الزوج يعتبر ضرراً يجوز بسببه التطليق عليه .

بينا فيما سبق أن التطليق لتضرر الزوجة من إيذاء زوجها بها ، مصدره مذهب الإمام مالك الذى يقول " للزوجة التطليق على زوجها بالضرر ، وهو ما لا يجوز شرعاً " وضرب المالكية أمثلة لهذا الضرر على نحو ما بينا سابقاً . وقد استقر الفقه ومعه القضاء على أن الضرر قد يكون مادياً وقد يكون معنوياً بما مؤداه أن الزوجة لها أن تقول أصابنى ضرر مادى وتقوم بإثباته ، أو تقول ضرر نفسى وتقوم أيضاً بإثباته وقولها فى الحالتين

له اعتباراً عند القاضى ، فإن هى أثبتته وجب إجابتها إلى طلب التطليق للضرر .

ومما لا شك فيه أن من مقاصد النكاح طلب الولد ، سواء كان الطلب من الزوج أو من الزوجة ، فإذا كانت الأخيرة عقيماً ، فقد فتح الإسلام أمام الزوج باب الزواج بأخرى إن طلب الولد . . أما إذا كان طلب الولد من الزوجة والزوج عقيم ، فلا سبيل لها إلا أن تلجأ إلى القاضى متضررة ، إذا رفض الزوج العقيم طلاقها .

وزوجة العقيم إن أرادت الولد ، ولم تتمكن بسبب زوجها فهى تتضرر نفسياً ، ولا ينكر أحد عليها ذلك بل الظاهر ثبوت الضرر بها – ما لم تقبله – بمعنى أنها تقبل عقم زوجها ، أما إذا لم تقبله ، ولجأت إلى القاضى متضررة من عدم الإنجاب بسبب هذا العقم ، وجب على القاضى سماع دعواها ، والقضاء بتطليقها على زوجها إن ثبت عقمه .

العقم بأحد الزوجين ضرر بالزوج الآخر ، والتطليق أمام القاضى للضرر إنما شرع للأخذ بناصر من يلحقه الأذى والضرر من الزوجات .

وقد عرض أمر التطليق على الزوج لعقمه على القضاء – باعتبار العقم عيباً من العيوب التى تحكمها المادة التاسعة من القانون ٢٥/١٩٢٩ فقضت محكمتنا العليا بأن المقرر فى قضائها أن التفريق للعيب فى الرجل قسمان : قسم كان معمولاً به بمقتضى مذهب الإمام أبى حنيفة ، وهو التفريق للعيوب التى تتصل بقربان الرجل لأهله ، وهى عيوب الجب والخصاء والعنة وهو باق على الحكم فيه ووفقه . وقسم جاء به القانون وزاد عليه ما كان معمولاً به ، وهو التفريق لكل عيب مستحكم لا تعيش معه الزوجة إلا بضرر ، والعقم لا يؤثر على قربان الزوج لزوجته ، فلا

يندرج ضمن العيوب التناسلية التى يجيز فقهاء المذهب الحنفى طلب التطليق من أجلها ، ذلك لأن العيوب الثلاثة سالفة الذكر ينتفى معها المقصود الأصلى للزواج ، وهى غير قابلة للزوال ، وتفوت على الزوجة حقها فى الوطء ، بخلاف العقم الذى لا يحول دون ذلك . وباستقراء نصوص الشريعة الغراء يتبين أن المقصود ليس هو مجرد التناسل وإلا لما صح زواج الآيسة ، وعدم وجود الذرية لا يمنع من أن يكون كل من الزوجين سكناً للآخر ، ولا يحول بين قيام المودة والتراحم بينهما ، وإن كان يترتب على الزواج كنظام فى الجملة ، التناسل وحفظ بقاء النوع البشرى ، إلا أن الرزق بالذرية هبة من الله تعالى ، ومظهر القدرة الإلهية فى المنح والمنع والعطاء ، والحرمان ، فلا مانع لما أعطى ولا معطى لما منع ، مهما كانت السلامة الجسدية للزوجين أو سقامتهما باعتبار أن الذرية من خلق الله تعالى الدالة على قدرته ، لقوله تعالى " لله ملك السماوات والأرض يخلق ما يشاء يهب لمن يشاء إناثاً ويهب لمن يشاء الذكور . أو يزوجهم ذكراناً وإناثاً ، ويجعل من يشاء عقيما إنه عليم قدير " [1] . فلا يعد عدم الرزق بالأولاد فى ذاته عيباً ، فلا يجوز أن يتخذ سبباً للتطليق إلا إذا اقترن بعيب آخر ، لا يمكن للزوجة المقام معه إلا بضرر ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر بقضائه بتطليق المطعون ضدها على سند من أنه عقيم ، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه [2] .

والرأى ما ذهبت إليه محكمتنا العليا ذلك أن عقم الزوج – مع إمكانه الوطء – لا يعتبر عيباً من العيوب التى أشارت إليها المادة التاسعة من القانون

---

[1]) سورة الشورى ٤٩ – ٥٠ .

[2]) نقض ٦٣/٣٥٧ ق جلسة ١٩٩٧/١٢/٢٩ .

١٩٢٩/٢٥ . غير أن محكمتنا العليا فى حكم لها قالت " إن ما تمسكت به الطاعنة من عدم قدرة زوجها على الإنجاب ليس مبرراً لطلب التطليق عليه ، إذ لا دخل للإنسان فيه [١] .

ونحن لا نتفق مع محكمتنا العليا فيما ذهب إليه من أن العقم بالزوج على إطلاقه لا يجيز لزوجته طلب التطليق للضرر ، ذلك أن الزوجة إذا قالت أنا زوجة أبتغى الولد ، وزوجى عقيم ، وهذا يسبب لى ضرر تعين سماع دعواها ، لأن من مقصود الزواج التناسل ، ولا عليها بأن التناسل ليس مقصوداً من الزواج وإلا لما تزوجت الآيسة ، لأن الآيسة قبلت وضعها ، وقبلها زوجها ، أما التى تبغى الولد ، ولم تحصل عليه من زوجها العقيم فإنها تتضرر نفسياً ، وضرر يتكرر منها يومياً فى كل تصرفاتها ، ونظراتها لأبناء الآخرين ، وهذه لا يرد عليها بأن عدم وجود الذرية لا يمنع من أن يكون كل من الزوجين سكناً للآخر ، ولا يحول دون قيام المودة والتراحم بينهما ، لأن تضررها أمر نفسى يمتنع على القاضى أن يقطع فيه برأى ، ولذلك تصدق فيه والظاهر يؤيدها ما لم تثبت الزوج العقيم رضاءها بعقمه .

بعث الحكمين

فقهاء المالكية يرون أن الزوجة إذا ادعت إضرار الزوج بها ، وتكررت شكواها ، وعجزت عن إثبات الضرر كان على القاضى أن يبعث بحكمين لمعرفة المسئ منهما . ونص المادة السادسة من القانون رقم ١٩٢٩/٢٥ على أنه إذا رفضت دعوى الزوجة إضرار الزوج بها " ثم تكررت

---

[١] نقض ٦٢/٢٨٧ ق جزء ١٩٩٦/٦/٢٣ .

الشكوى – ولم يثبت الضرر – بعث القاضي حكمين ... " مما مقتضاه أن بعث الحكمين – في دعوى التطليق للضرر – شرطه :

١) أن تتكرر الشكوى من الزوجة . ٢) ألا يثبت الضرر في ذلك تقول محكمتنا العليا " إن مناط اتخاذ إجراءات التحكيم المنصوص عليها بالمواد من ٧ إلى ١١ من القانون ١٩٢٩/٢٥ أن تكون الدعوى المقامة للتطليق هي دعوى ثانية سبقتها دعوى أولى بطلب التطليق للضرر ، ولم يثبت للمحكمة – في الدعويين – هذا الضرر المدعى [١] . وقضت أيضاً بأن إلتجاء القاضي إلى التحكيم في النزاع بين الزوجين ، إنما يكون إذا تكرر من الزوجة طلب التطليق لإضرار الزوج بها ، بعد رفض طلبها الأول مع عجزها عن إثبات ما تضرر منه [٢] .

تكرر الشكوى بمجرده لا يكون مؤدياً إلى بعث حكمين ، ذلك أنه إذا ثبت الضرر في الدعوى الثانية يقضي القاضي بالتطليق دون بعث حكمين لأن شرط بعث الحكمين في دعوى التطليق للضرر ، وألا يثبت الضرر في الدعوى الثانية ، فإذا أقام الحكم قضاءه بالتطليق في الدعوى الثانية لثبوت الضرر ، فإن النعي عليه بعدم الحكمين يكون غير سديد [٣] .

شروط الحكمين

نصت المادة السابعة من القانون ١٩٢٩/٢٥ على أنه " يشترط في الحكمين أن يكونا عدلين من أهل الزوجين إن أمكن ، وإلا فمن غيرهم ممن لهم خبرة بحالهما ، وقدرة على الإصلاح بينهما " مؤدى هذا النص أن المشرع يشترط في الحكمين :

---

[١]) نقض ٤٢/١٢ ق السنة ٢٦ ص١١٠٨ .
[٢]) نقض ٥٨/٤ ق السنة ٤٠ ع١ ص٥٢٢ .
[٣]) نقض ٥٨/٨٥ ق السنة ٤٢ ع١ ص٨٨ .

١) أن يكونا عدلين من أهل الزوجين إن أمكن . فإذا لم يكن فى الإمكان تحكيم أحد من أهل الزوجين أو من أحدهما ، أمكن اختيار حكم من غير الأهل . وعلى هذا الأساس يختار كل زوج حكماً من أهله ، أو من جيرانه الذين لم خبرة بحاله .

نص المادة السابعة أجاز أن يكون اختيار الحكمين – أو أحدهما – بمعرفة المحكمة إذا تعذر على الزوجين أو أحدهما اختيار حكم من أهله .

يلاحظ أن المالكية يرون أنه إذا بُعِثَ حكمان أجنبيان مع إمكان بعث حكمين من أهل الزوجين ، فإن الراجح نقض الحكم الذى يصدر بناء تحكيمهما ، لأن الآية الكريمة نصت على كون الحكمين من أهل الزوجين [١] . غير أن التسولى يقول " إن الحاكم يبعث حكمين فقيهين بذلك الأمر – أى بالضرر الواقع بين الزوجين – الذى ينظران فيه ، عدلين من أهلهما ، فإن عدم وجودهما من أهلهما ، أو وجدا ولكن كانا غير فقيهين ، أو غير عدلين فقيهين ولكن تعذ ر بعثهما ، بعث حكمين فقيهين عدلين من غير أهلهما فيدخلان عليهما المرة بعد المرة ، ويجتهدان فى الإصلاح بينهما ، ويخلو كل منهما بصاحبه إن كانا من أهلهما ويقول له ، ما تنقم منها أو منه ، وإن كان لك غرض فيها رددناها أوردناه .

(البهجة شرح التحفة جزء ١ ص٥٧٦) .

٢) أن يكون الحكمان على خبرة بحال الزوجين ، ولديهما القدرة على الإصلاح بينهما .

يلاحظ أن المادة السابقة لم يتعرض لبقية شروط من يصلح حكماً بين الزوجين ، وقد بين الفقه المالكى هذه الشروط وهى – الإسلام والذكورة

---

١) الشرح الصغير للدردير جزء ٢ ص٥١٣ .

والعدل والتكليف ، وأن الحكمان على علم بالجمع بين الزوجين أو التفريق بينهما إذا اقتضى الأمر ذلك – بمعنى أن يكونا على شئ من فقه المسألة – وينبغي للحكمين أن ينويا الإصلاح ، وأن يلطفا القـول ، وأن ينصـفا ، ويرغبا ، ويحذرا ، ولا يخصما أحد الزوجين دون الآخر ، ليكونا أقـرب للتوفيق بين الزوجين .

لا يصح تحكيم النساء ، ولا ينفذ حكمهن ، وقد قضت محكمتنا العليا بـأن قواعد التحكيم فى المواد من السابعة وحتى العاشرة قد أخذت من مـذهب الإمام مالك ، فإنه يجب الرجوع إلى هذا المذهب فى بيان الشروط الواجب توافرها فى الحكام فيما لم يرد به نص صريح فى المواد المشار إليهـا ، وإذا كان هذا المذهب يشرط الذكورة فى الحكام على اعتبار أن طريقهم هو الحكم ، وليس الشهادة ولا الوكالة ، فيتعين الالتزام بهذا الشرط وإن لم يرد به نص صريح المادة السابعة بعد تعديلها ، وإذ لم يلتزم الحكم المطعـون فيه بهذا الشرط فيمن بعثتهم الحكمة حكاماً فى الدعوى بأن كان بينهم امرأة مما يبطل التقرير المقدم منهم ، وإذ عول الحكم على هذا التقريرةاتخذ منه سنداً لقضائه فيما هو معروض عليه بخصوص إسقا حقوق الطاعنة المالية ، وإلزامها بأن تدفع للمطعون ضده تعويضاً فإنه يكون باطلاً بما يوجـب نقضه [١] .

مؤدى اشتراط العدالة فى الحكم أنه لا يصح حكم غير العدل ولا ينفذ حكمه ، سواء بطلاق أو بإبقاء . أو بمال . وغير العدل – المجنـون والفاسـق والصبى والسفيه ، والعدالة تستلزم الإسلام وعدم الفسق . وقد قضى بأنـه يشترط فى الحكمين أن يكونا عدلين من أهل الزوجين إن أمكن ، فإن لـم

---

[١]) نقض ٦٨/٦٠ق أحوال شخصية السنة ٤٤ ع ص٨٧٨ .

يوجد من أقاربهما من يصلح لهذه المهمة عين القاضى أجنبيين ممن لهم خبرة بحال الزوجين وقدرة على الإصلاح وإزالة الخلاف بينهما (١) فإذا عينت المحكمة حكمين من أهل الزوجين بناء على ترشيحهما ، غير أن حكم أحدهما تعمد عدم القيام بمهمته وهو ما يبرر ندب المحكمة حكمين أجنبيين .

كما يشترط الفقه فلا يصح حكم جاهل بما ولى فيه . إلا أن غير الفقيه لا يصح حكمه ما لم يشاور العلماء بما يحكم به ، فإن حكم بما أشاروا عليه به كان حكمه نافذاً (٢) .

وجاء الجزء الثانى من الشرح الكبير " ويبطل حكم غير العدل بطلاق أو إبقاء أو بمال ، وغير العدل الفاسق والصبى والمجنون وحكم سفيه – وهو المبذر فى الشهوات ولو مباحة على المذهب – وحكم امرأة وغير فقيه بذلك أى بشروط النشوز .

إذا لم يمكن بعث حكمين من أهل الزوجين أجاز المالكية ندب أجنبيين ولا يجوز بعث الأجنبيين مع الاماكن – أى من إمكان بعث الأهلين – وندب المالكية كون الأجنبيين من الجيران ، لأن الجار أدرى بحال الجار . وجاء فى التعليق على الحكمين الأجنبيين أن نقض حكمهما فيه تردد ، والظاهر نقضه لأن ظاهر الآية أن كونهما من أهل الزوجين واجب شرط .

إذا لم يكن الحكمان من الأهل بل واحد منهما من أهل أحد الزوجين والثانى أجنبى ، ففى المذهب المالكى رأيان أحدهما يرى ضم الحكم الأجنبى للحكم الذى من أهل أحد الزوجين . والثانى يرى ضرورة كون الحكمين أجنبيين

---

(١) نقض ٢١/٥٨ ق جلسة ١٩٩٠/٦/٢٦ .

(٢) الشرح الكبير للدردير جزء ٢ ص٣٤٤ .

وترك الحكم القريب لأحدهما ، حتى لا يميل القريب لقريبه ، إلا أن الرأى الأول هو الأرجح [1] .

قد يتعذر على الزوجين تعيين حكمين من أهلهما أو من جيرانهما ، ويشق ذلك أيضاً على القاضى ، ففى هذه الحالة أجاز المالكية للزوجين إقامة حكم واحد قريب منهما أو أجنبى عنهما شريطة أن يكون عدلاً رشيداً ذكراً فقيهاً بأمورهما .

إذا كان الزوجان محجورين فهل يجوز تعيين الوليين أو أحد منهما والآخر أجنبى ؟ ذهب رأى بجواز ذلك ورأى يقول بعدمه وأظهر القولين الجواز .

يجوز للزوجين أن يرجعا - إذا أقاما حكمين - عن التحكيم، ويعزلا الحكمين ما لم يستوعبا الكشف عن حال الزوجين ، ويعزما على الحكم بالطلاق ، أما إذا استوعباه وعزما على ذلك فلا عبرة برجوع منهما عن التحكيم ويلزمهما ما حكما به سواء رجع أحدهما أو رجعا معا أما إذا كان الرجوع عن إقامة الحكمين يقوم على أساس رضى الزوجين بالبقاء على الزوجية فينبغى ألا يفرق بينهما . وهناك رأى بعدم الرجوع للتحكيم إذا عزم الحكمان على الطلاق ، وكانا موجهين من الحاكم سواء استوعبا حال الطرفين أو لم يستوعبا ، إلا أن الرأى الأول هو الراجح ، وقال به بعض الشراح . وقد قضى بأن نص المادة السابعة يدل على أنه يشترط فى الحكمين أن يكونا عدلين رشيدين من أهل الزوجين إن أمكن فإن لم يوجد من أقاربهما من يصلح لهذه المهمة عين القاضى أجنبيين ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح وإزالة الخلف بينهما ، ولما كان من الأصول الفقهية المتواضع عليها أنه إذا أطلق النص فى التشريع وجب الرجوع إلى

---

[1]) الشرح الكبير جزء ٢ ص٣٤٦ .

مأخذه . وكان المعول عليه فى مذهب المالكية المستمد منه النص أنه إذا لم يكن من الأهل أحد يوصف بما يستحق به التحكيم أو كان الزوجان ممن لا أهل لهما ، فيختار من هو عدل من غيرهما من المسلمين مما مؤداه أنه لا يشترط أن يكون للحكمين المنتدبين من غير دائرة الأقارب اتصال شخصى بالزوجين قريبين منهما مطلعين على أحوالهما ، ويكفى أن يكون لهما من الخبرة العامة ما يستطيعان به التوفيق بين الزوجين (١) .

قرار المحكمة ببعث الحكمين

نصت المادة الثامنة من القانون ١٩٢٩/٢٥ على أن :

" ١) يشتمل قرار بعث الحكمين على تاريخ بدء وانتهاء مأموريتهما على ألا تجاوز مدة ستة أشهر ، وتخطر المحكمة الحكمين والخصم بذلك . وعليها تحليف كل من الحكمين اليمين بأن يقوم بمهمته بعدل وأمانة .

٢) يجوز للمحكمة أن تعطى للحكمين مهلة أخرى مرة واحدة لا تزيد على ثلاثة أشهر ، فإن لم يقدما تقريرهما اعتبرتهما غير متفقين . "

***

اختيار الحكمين

يكون اختيار الحكمين بمعرفة الزوجين ، فيختار كل منهما حكماً عنه من أهله إن أمكن ، أو من جيرانه الذين لهم خبرة بحاله . وقد يكون اختيار الحكمين أو أحدهما بمعرفة المحكمة إذا تعذر على الزوجين أو أحدهما اختيار حكم من أهله أو من جيرانه . واختيار الحكمين وحده فى دعوى التطليق للضرر ليس كافياً فى الواقع لإثبات التفريق بين الزوجين لأن القانون أضاف إليه أعمالاً كثيرة ، وحكماً من المحكمة ، فاختيار الحكمين

---

(١) نقض ٤٢/١٢ ق س٦ ص١١٠٩ .

وحده ليس كافياً فى الواقع لاحتمال أن يأتى الحكمان المهمة أو يفشلا فيها أو يجدا الإساءة من الزوجة أو يموتا قبل تقديم تقريرهما ، ففى كل هـذه الافتراضات يكون الاختيار – أى الإثبات قائماً ، والمثبت معدوماً ، وليس هذا الشأن فى الإثبات القانونى .

ويجب أن يتوافر فى الحكمين الذين يتم اختيارهما الشـروط المنصـوص عليها فى المادة السابعة .

إذا تم اختيار الحكمين يأتى بعد ذلك دور بعثهما إلى الزوجين ويكون ذلك بقرار من المحكمة يشتمل على :

١) تاريخ بدء المأمورية المسندة لهما وتاريخ انتهائها .

٢) المدة اللازمة لأداء المأمرية على ألا تتجاوز ستة أشهر .

وعلى المحكمة أن تخطر الخصوم بقرار بعث الحكمين . ما لم يكن القرار قد صدر فى مواجهتهم ، وحينئذ يكتفى بإخطار الحكمين ما لـم يكونـا أو أحدهما حاضرا بالجلسة وقت النطق به ، كأن يكون الزوجان أو أحدهما قد عين حكماً واثبت ذلك فى محضر الجلسة .

يتعين على المحكمة تحليف الحكمين يميناً " بأن يقوم بمهمته بعدل وأمانة " مدة الستة أشهر المحددة بالنص ليست مدة نهائية ، فإذا عجز الحكمان عن الصلح بين الزوجين ، أو تقديم تقريرهما للمحكمة فإن مهمتهما لا تنتهـى بإنهاء هذه المدة وإنما يجوز للمحكمة أن تعطيهما مدة أخرى لا تزيد على ثلاثة أشهر ، فإذا مضت المهلة الأخيرة ، ولم يقدما تقريراً بنتيجة سعيهما بين الزوجين اعتبرتهما الحكمة غير متفقين علـى رأى بالنسـبة للمهمـة المنوطة بهما [١] .

---

[١]) أجمع المالكيـة علـى أنـه إذا اختلف الحكمـان لـم ينفذ قولهما – بدايـة المجتهد ونهايـة المقتصـة لابن رشد (الحفيد)

واضح من النص أنه جاء بأحكام تنظيمية لا يترتب علــى مخالفتهــا أى بطلان للتقرير المقدم من الحكمين [1] . غير أن اليمين الواردة بالنص هى يمين ضرورية حتى تطمئن المحكمة إلى نتيجة عمل الحكمين ، ويترتــب البطلان على إغفال تحليف الحكمين اليمين المقررة بالنص ، ويكون الحكم المبنى على التقرير باطلاً أيضاً .

***

طريق الحكمين عند المالكية

الحكمان اللذان تبعث بهما الحكمة للاصلاح بين الزوجين طريقهما الحكــم وليس الشهادة ولذلك قال مالك إن الحكمين يجوز قولهمــا بــين الرجــل وامرأته فى الفرقة والاجتماع وسند الإمام مالك فى ذلك ما بلغه أن علياً بن أبى طالب قال فى الحكمين إن لهما الفرقة بينهما والاجتماع . فقــد روى سفيان بن عيينه عن أيوب عن ابن سيرين عن عبيدة السلمانى قال : جــاء رجل وامرأة إلى على بن أبى طالب ومع كل واحد منهما فئام من الناس ، فقال على ما بال هذيتن ، فقالوا وقع بينهما شقاق ، فابعثوا كماً من اهلــه وحكماً من أهلها ، فقال لهما على ، هل تدريان ما عليكما ، إن رأيتمــا أن تجمعا ، جمعتما ، وإن رأيتما أن تفرقا فرقتما ، فقالت المــرأة ، رضــيت بقول اللع عو زجل ، وما فيه على ولِيَّ ، فقا الرجل أما الفرقة فلا ، فقال على : لا والله ، لا تنقلب حتى تقر بما أقرت به . وروى هذا الخبر بــأن عليا قال للرجل " كذبت والله ، ولا تبرح حتى ترضى بكتاب الله لك وعليك ، فقالت المرأة رضيت بكتاب الله لِيَ ، وعَلَيَّ .

---

[1]) راجع المادة ١١ التى أوجبت إرسال حكم ثالث على ما سيأتى .

وروى عن ابن عباس أنه قال فى الحكمين " إن اجتمع أمرهما على أن بفرّقا أو يجمعا جاز .

قال أبو حنيفة والشافعى وأصحابهما ليس للحكمين أن يفرقا إلا أن يجعل الزوج إليهما التفريق . وسبب ذلك الزوج هو الذى بيده التطليق ، ولا يكون للحكمين ذلك إلا إذا أجاز .

وهناك رأى يقول ليس للحكمين التفريق إلا أن يجعل الزوجان ذلك فى أيديهما .

وقال رأى بأن الحكمين أن يحكما فى الاجتماع ، ولا يحكمان فى الفرقة .

مهمة الحكمين

نصت المادة التاسعة من القانون ١٩٢٩/٢٥ على أنه :

" لا يؤثر فى سير عمل الحكمين امتناع أحد الزوجين على حضور مجلس التحكيم متى تم إخطاره .

وعلى الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويبذلا جهدهما فى الإصلاح بينهما على أية طريقة ممكنة . "

***

مجلس التحكيم

يتعين على الحكمين أن يخطرا الزوجين بالتاريخ الذى حدداه لبدء مهمتهما وانتهائها ، والمكان الذى ينعقد فيه مجلس التحكيم ، ولم يشترط القانون لصحة انعقاد هذا المجلس حضور الزوجين معاً ، ولكن حضور أحدهما شرط لصحته ، فقد خص النص امتناع أحد الزوجين - دون الزوج الآخر بشرط أن يكون الحكمان قد أخطراه بتاريخ بدء المهمة ومكانها ويتعين

على المحكمة أن تراقب هذا الإخطار – إذا تبين لها امتناع أحد الزوجين عن حضور مجلس التحكيم .

لم يبين النص طريقة معينة لإخطار كل من الزوجين بالميعاد المحدد لحضور مجلس التحكيم ، ولذلك يكفى أن يكون بطريقة تطمئن لها المحكمة وتؤدى إلى علم كل من الزوجين بالميعاد المحدد لحضور مجلس التحكيم ومكان انعقاده .

إذا لم يحضر الزوجان معاً مجلس التحكيم سواء أخطرا أو لم يخطرا بميعاد التحكيم ومكان انعقاده ، كان عمل الحكمين غير نافذ بالنسبة لهما ولا يجوز للقاضى إعماله ، أو أن يبنى حكمه عليه .

ويجب على الحكمين الإصلاح بين الزوجين ما استطاعا إليه سبيلا " إن يريدا إصلاحاً يوفق الله بينهما " (سورة النساء) .

ويقول المالكية أن الطلاق ليس مقصوداً – بالذات – من التحكيم ، بل هو أمر جر إليه الحال ،÷ وإنما المقصود بالذات الإصلاح ، ويقولون " وعلى الحكمين وجوباً الإصلاح بين الزوجين بكل وجه أمكنهما لأجل الألفة وحسن العشرة ، وذلك بأن يخلو كل واحد منهما بقرينه ويسأله عما يكره من صاحبه ، ويقول له إن كان لك حاجة فى صاحبك رددناه لما تختار معه [١] .

حضور الزوجين أو أحدهما مجلس التحكيم لا يمنع الحكمان من أن ينفردا معاً فى مجلس واحد ليقررا ما انتهيا إليه بشأن المهمة المسندة إليهما .

---

[١] الشرح الكبير للدردير جزء ٢ ص٢٤٥ .

تحديد مكان انعقاد مجلس التحكيم

لم يبين النص مكان انعقاد مجلس التحكيم ، ولذلك يجوز أن يحدده الحكمان ، أو أن يحدده الزوجان ، أو أحدهما بشرط أن يكون مناسباً ويوافق عليه الحكمان . وقد يكون مكان الانعقاد لدى أحد الحكمين فى منزله أو لدى أحد الزوجين فى منزله ، وقد يكون فى مكان آخر يتفق عليه الحكمان .

وإذا تعددت جلسات التحكيم فيجوز أن يتعدد مكان الانعقاد ، ويجوز أن يكون هذا التعدد فى ذات المكان المتفق عليه ، أو أماكن أخرى يتفق عليها

***

عمل المحكمين عند العجز عن الإصلاح بين الزوجين

نصت المادة العاشرة من القانون قم ١٩٢٩/٢٥ على أنه :

" إذا عجز الحكمان عن الإصلاح :

١) فإن كانت الإساءة كلها من جانب الزوج اقترح الحكمان التفريق بطلقة بائنة دون مساس بشئ من حقوق الزوجة المترتبة على الزواج والطلاق .

٢) وإذا كانت الإساءة كلها من جانب الزوجة اقترحا التفريق نظير بدل مناسب يقدرانه تلزم به الزوجة .

٣) وإذا كانت الإساءة مشتركة اقترحا التطليق دون بدل أو ببدل يتناسب مع نسبة الإساءة .

٤) وإن جهل الحال فلم يعرف المسئ منهما اقترح الحكمان تطليقا دون بدل .

***

الأحكام الواردة بالمادة العاشرة مأخوذة من مذهب الإمام مالك إما نصا ، وإما مخرجة على نصوصه .

عمل المحكمين

التحكيم فى دعوى التطليق للضرر الذى تحكمه المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ لا يكون إلا إذا تكرر من الزوجة طلب التفريق لإضرار الزوج بها بعد رفض طلبها الأول مع عجزها عن إثبات ما تتضرر منه . فلا يجوز للمحكمة أن تبعث بحكمين فى طلب التطليق لأول مرة إذا عجزت الزوجة عن إثبات الضرر ، وإنما يتعين على المحكمة أن تقضى برفض دعواها لعجزها عن الإثبات . فإذا تكرر طلب التطليق للضرر وعجزت عن إثبات هذا الضرر – فى المرة الثانية أو ما بعدها – بعثت المحكمة بحكمين واتخذت إجراءات التحكيم المبينة بالمواد من السابعة إلى الحادية عشر من القانون سالف الذكر .

ويعمل الحكمان على التوفيق بين الزوجين ما أمكن ، والسعى لإعادة الحياة بينهما وعليهما تحرى أسباب الخلاف ، والوقوف على ما يشكو كل من الزوجين من صاحبه ، وأن يردا الظالم منهما عن ظلمه " أن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما " لأن الطلاق ليس مقصوداً بالذات من التحكيم وإنما المقصود منه هو الإصلاح بكل وجه أمكن لأجل الألفة وحسن العشرة . والإمساك بالمعروف ، وأما التحكيم فى ذاته فقد جر إليه حال الزوجين . فإذا تعذر على الحكمين التوفيق والإصلاح بما شرع الله يظهر لهما :

١) إن كانت الإساءة كلها من جانب الزوج ، وليس من جانب الزوجة شئ منها . فى هذه الحالة يقترح الحكمان التطليق على الزوج بطلقة بائنة لثبوت الضرر فى جانبه ومهمة القاضى رفع الضرر ومنع الظالم عن ظلمه .

وليس للحكمين أن يمسا حقوق الزوجة على الزوج المترتبة علـى عقـد الزواج وعلى الطلاق .

يتعين على الحكمين أن يجتهدا ويتحققا أن الإساءة وقعت كلها من الزوج ، فإن تحققا من ذلك ثبت ظلم الزوج ، ولا يكفى مجرد ادعاء الزوجة ظلم – أو إساءة – زوجها لها .

٢) إذا كانت الإساءة كلها من جانب الزوجة ، وليس من جانب الزوج شئ منها ، كان على الحكمين أن يقترحا التطليق مقابل بدل مناسب . ويـرى المالكية أنه إذا كانت " الإساءة من الزوجة وحدها – ائتمن الحكمان الزوج عليها إن رأيا فى ذلك صلاحاً ، وأمره بالصبر علـى زوجتـه وحسـن معاشرتها ، وللحكمين أن يخلعا بحسب نظريهما ، أى أن الحكمين بالخيار بين أن يأتمنا الزوج على زوجته – بشرط – أن يكون فى ذلـك صـلاحاً ويأمرها بالصبر وحسن المعاشرة ، أو يقترحا خلعاً يقدرانه ، ولو كان هذا المخالع به يزيد على الصداق ، واشترطوا لذلك أحد شرطين إما أن يحب الزوج الفراق أو أن يعلما أن الزوجة لا تستقيم مع زوجها ، وهذه النظرة من المالكية فيها روية فى عمل الحكمين ابتغاء عودة الحيـاة الزوجيـة ، وفيها امتثال لقوله تعالى " أن يريدا إصلاحاً يوفـق الله بينهمـا " وكـان الأحرى بالقانون أن ينهج نهج المالكية .

مناسبة البدل – الذى يقدره الحكمان – للضرر يخرج من رقابـة محكمـة الموضوع . لأن المالكية يرون أن خلع الحكمين فى هـذه الحالـة يكـون بنظرهما – أى بحسب تقديرهما للمخالع به ولو زاد عن الصداق . ولـيس أمام الحكمين بديل غير اقتراح التطليق مقابل البدال المناسب تلتـزم بـه الزوجة . وقد قضى بأن مجال التطليق نظير بدل تلتزم به الزوجة ، أو مع

إسقاط كل أو بعض حقوقها المالية ، هو دعوى التطليق التى تتخذ فيها إجراءات التحكيم [١] ، وقد كان القضاء مستقراً قبل صدور القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ والقانون السابق عليه رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ على أنه إذا كانت الإساءة من الزوجة دون الزوج فلا يكون هناك تطليق تجنباً – طبقاً لما جاء بالمذكرة الإيضاحية – لأسباب إغراء الزوجة المشاكسة على فصم عرى الزوجة بلا مبرر [٢] .

٣) إذا كانت الإساءة مشتركة بين الزوجين . وتحت هذه الحالة عدة فروض :

أ) أن تستوى إساءة الزوجين – كل منهما للآخر – فى هذه الحالة يقترح الحكمان تطليقاً بين الزوجين دون بدل .

ب) أن تزيد إساءة الزوجة على إساءة الزوج . فى هذه الحالة يقترح الحكمان تطليقاً ببدل يتناسب مع نسبة إساءة الزوجة لزوجها .

ج) أن تزيد إساءة الزوج على إساءة زوجته فى هذه الحالة يقترح الحكمان تطليقاً ببدل يتناسب مع نسبة إساءة الزوج لزوجته . والحكم عند المالكية فى هذه الحالة أن الحكمين يطلقا على الزوج بدون مال [٣] .

٤) إذا جهل الحال فلم يعرف المسئ من الزوجين ، بأ، يكون هناك ضرر بينهما إلا أن الحكمين لم يعرفا المسئ من الزوجين ، فى هذه الحالة يقترح الحكمان تطليقاً دون بدل . وقد قضى بأن النص فى الفقرة الثالثة من المادة العاشرة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أنه " إذا كانت الإساءة مشتركة اقتراحاً التطليق دون بدل أو ببدل يتناسب مع نسبة الإساءة " مؤداه

---

[١]) نقض ٥٣/٣ ق جلسة ١٩٨٤/٥/٢٩ .
[٢]) نقض ٤٢/١٧ ق س٢٦ ص١٥٠٥ .
[٣]) الأحكام الشرعية للأستاذ زكى الدين شعبان .

أنه ليس بلازم – فى حالة الإساءة المشتركة – أن يكون التطليق ببدل يقرره الحكمان ، وإنما الأمر فيه متروك لاقتراحهما أن رأيا البدل مقتض قراره وإن لم يريا ذلك فلا إلزام عليهما بتقرير بدل .

ويطلق الحكمان بطلقة واحدة ، ولا يلزم ما زاد عن الواحدة ، إن أوقعا أكثر من طلقة واحدة ، وهما يطلقان – ولا يخلعان – بلا مال يأخذانه منها للزوج إن أساء أى كانت الإساءة آتية من جهته ولذلك يطلق الحكمان – بلا خلع – إذا كانت الإساءة مشتركة .

هذا ويلاحظ أن الفقرة الأولى من المادة العاشرة وصفت الطلاق بأنه بائن أما الفقرة الثانية فنصت على التطليق نظير بدل . وفى الفقرتين الثالثة والرابعة قد يكون التطليق ببدل أو بدونه . والأصل فى التطليق هنا أنه للضرر ، وهو تطليق يقع بائناً طبقاً للمادة السادسة ، والمالكية يرون أن تطليق الحكمين يقع بائناً ولو لم يكن خلعاً أى بأن كان بلا عوض [1] .

طبيعة عمل المحكمين

طبيعة العمل الذى يقوم به الحكمان محل خلاف بين الفقهاء :

١) هناك فريق يرى عدم جواز التطليق من الحكمين ويقول أن عملهما هو الإصلاح بين الزوجين ، وليس لهما ولاية التطليق بينهما بعوض أو بغير عوض ، واستدلوا بقوله تعالى فى سرة النساء " أن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما " . والحكمان عند أصحاب هذا الرأى وكيلان عن الزوجين . فلا يكون لهما ولاية التفريق إلا إذا وكلا فى ذلك من الزوجين سواء بالتطليق مجرداً أو على مال . وهناك من يرى أن الحكمين وإن كانا وكيلين عن

---

[1]) الشرح الكبير للدردير جزء ٢ ص٣٤٤ .

الزوجين ، فليس على الزوجين أن يوكلاهما فى التفريق ، ولا يجبران على التوكيل به .

٢) فريق آخر – المالكية – يرى أن الحكمين " حكمان " عليهما أن يصلحا بين الزوجين إذا رأيا إلا الإصلاح وسيلة ، فإذا تعذر عليهما الإصلاح بين الزوجين فرقا بينهما بعوض أو بغيره على حسب الأحوال سواء رضى الزوجان بذلك أم أبيا ، وعلى القاضى إمضاء ما حكما به ، وإنفاذه حتى يزول الخلاف بين الزوجين واستدلوا على ذلك بما يأتى :

أ) أن الله سبحانه وتعالى قال " فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها " والحكم غير الوكيل ، ولذلك كان مبنى التحكيم الحكم لا الوكالة أو الشهادة ، ويكون قرارهما نافذاً فى حق الزوجين وإن لم يرتضياه ، ويلتزم به القاضى .

ب) جعل الله بعث الحكمين ، وتنصيبهما لغير الزوجين ، بل جعله إلا جماعة المسلمين أو إلى ولى الأمر منهم ، فكانت ولايتهما مستمدة من ولاية ولى الأمر .

ج) لو كان الحكمان وكيلين لم يختصا بأن يكونا من الأهل ، لأن الموكل يوكل من يشاء ، ولقال الله تعالى فبعث كل زوج من الزوجين وكيلاً عنه

د) المقرر فى الشريعة الإسلامية نفى الضرر ، ورفع الضرار وذلك موكل إلى الحاكم إذا لم يتيسر رفعهما إلا بقضائه .

و) يعث عثمان رضى الله عنه ابن عباس ومعاوية حكمين بين عقيل ابن أبى طالب وزوجته فاطمة بنت عتبة ، فقال لهما : إن رأيتما أن تفرقا فرقتما . وبعث على رضى الله عنه حكمين بين زوجين وقال لهما : عليكما إن رأيتما أن تفرقا فرقتما ، وإن رأيتما أن تجمعا جمعتما . فجعل

عثمان وعلى الحكم على الحكمين ، ولم يعرف لهما من الصحابة مخالف ، وإنما عرف الخلاف فى زمن التابعين .

هـ) دليل الفريق المعارض لا ينهض حجة لأن أمر الولاية إلى الشارع فهو الذى جعل للحكمين ما جعل لهما من ولاية التطليق ، وبدل الخلع في نظيره .

ومؤدى هذا أن التحكيم عند المالكية مبناه الحكم ، لا الوكالة أو الشهادة ، ولذلك فإن قرار الحكمين بالتفريق ينفذ فى حق الزوجين وإن لم يرتضياه ويلتزم القاضى به ، يستوى فى ذلك أن يكون الحكمان من أهل الزوجين أو من غيرهما ، ذلك أن الحَكمين يندبان ممن أهل الزوجين إن أمكن ، وإلا فمن غيرهم من ذوى الصلاة بهم ، من لهم خبرة بصالحهما ، وقدرة على الإصلاح بينهما . وقد قضى بأنه إذا كانت المحكمة قد ندبت حكمين من أهل الزوجين ، فلم يلق ذلك قبولاً من أحدهما فندبت حكمين أجنبيين على مقتضى رأيهما ، فإن حكمهما نافذ فى حقهما ، ولا يعتد بالنعى الموجه لأحد الحكمين .

التحكيم عند الأحناف

أجاز الأحناف التحكيم وقالوا إن الأصل فيه قوله تعالى " فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدا إصلاحاً يوفق الله بينهما " وقد أجمع الصحابة على جواز التحكيم ، إلا أنهم يرون أن رأى الحكم يخضع لتقدير القاضى .

تقرير الحكمين

نصت المادة الحادية عشر من القانون ١٩٢٩/٢٥ على أن :

" على الحكمين أن يرفعا تقريرهما إلى المحكمة مشتملاً على الأسباب التى بنى عليها ، فإن لم يتفقا بعثتهما مع ثالث له خبرة بالحال وقدرة على الإصلاح وحلفته اليمين المبينة فى المادة (٨) .
وإذا اختلفوا أو لم يقدموا تقريرهم فى الميعاد المحدد سارت المحكمة فى الإثبات ، وإن عجزت المحكمة عن التوفيق بين الزوجين وتبين استحالة العشرة بينهما وأصرت الزوجة على الطلاق قضت المحكمة بالتطليق بينهما بطلقة بائنة مع إسقاط حقوق الزوجة المالية كلها أو بعضها وإلزامها بالتعويض المناسب إن كان لذلك كله مقتضى "

***

اقترح المشرع تعيين حكم ثالث تبعثه المحكمة مع الحكمين ، وذلك تفادياً لإطالة أمد التقاضى – عند اختلاف الحكمين – وتقضى المحكمة بما يتفقون عليه أو برأى الأكثرية . وإذا اختلوا ، أو إذا لم يقدموا التقرير فى الميعاد تسير المحكمة فى الإثبات ، وتقضى وفق التفصيل الموضح فى المادة ١١ وبعث الحكم الثالث لا يخالف أصلاً من أصول الشريعة ، فإن القرآن الكريم لم ينه عنه ، وقد صار فى هذا الزمان أمراً ضرورياً كوسيلة لإظهار الحق ورفع الضرر ، على أن من الفقهاء من أجاز بعث حكم واحد . وهذه الأحكام جميعها مأخوذة من مذهب الإمام مالك إما نصاً وإما مخرجه على نصوصه .
إذ اتفق الحكمان – إما بالإصلاح بين الزوجين ، أو بأحد الحلول والاقتراحات المنصوص عليها فى المادة العاشرة – تعين عليهما أن يثبتا ما اتفقا عليه بتقرير يرفعانه للمحكمة ، وعليهما أن يبينا أسباب [1] ما اتفقا

[1]) نقض ٤٢/١٧ س ٢٦ ص١٥٠٥ .

عليه من وقوع الإساءة من جانب الزوج أو فى جانب الزوجة ، أو منهما معاً ، أو جهل الحال مع بيان الوقائع التى ثبت صدورها من أى منهما ، إذ المنصوص عليه فى فقه المالكية أنه إذا اتفق الحكمان على رأى رفعاه إلى القاضى الذى عليه أن ينفذ ما قرراه دون معارضة أو مناقصة ، ولو كان حكمها مخالف لمذهبه [1] .

مدى قوة قرار الحكمين – إذا اتفقا :

يقول المالكية إذا أتى الحكمان إلى الحاكم بعد حكمهما بما اقتضاه النظر فأخبراه ، نفذه ، أى نفذ حكمهما وجوباً – أى يقول القاضى حكمت المحكمة بما حكمتما به ، ولا يجوز له معارضته أو نقضه ، ولو كان حكمهما مخالفاً لمذهبه [2] لأن طريقهما الحكم لا على المشهور عندهم . وقد قضى بأن المحكمة بعد صدور حكم الحكمين يمكنها أن تستفهم منهم عن أى شئ فى هذا الموضوع لأن النص الشرعى يقضى بأنه لا يقبل قول الحكم بعد صدور حكمه ، وإذن لا فائدة ترجى من استيضاحهم عن الأسباب التى أصدروا حكمهم بالتفريق من أجلها وعما حصل فى مجلس التحكيم [3] . وقضى بأن المشرع خول الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويبذلا جهدهما للإصلاح فإن أمكن على طريقة معينة قرراها ، وإن عجزا عن الإصلاح ، وكانت الإساءة قررا التفريق بينهما بطلقة بائنة ، وإذا اختلف الحكمان أمر القاضى بمعاودة البحث ، فإن استمر الخلاف بينهما حكم غيرهما ، وعلى الحكمين أن يرفعا إلى القاضى ما

---

[1]) اشترط النص أن يشتمل تقريرا الحكمين على الأسباب التى بنى عليها ، يدل على أن المشرع أراد أن يخضع هذه الأسباب لرقابة قاض الموضوع لتقدير مدة كفاية هذه الأسباب لحمل النتيجة التى انتهى إليها الحكمان فى تقريرهما . وعدم ذكر الأسباب فى التقرير مبطل له . ولا يجوز التعويل عليه .

[2]) الشرح الكبير للدردير جزء ٢ ص٣٤٦ .

[3]) مبادئ القضاء فى الأحوال الشخصية .

يقرران ، وعلى القاضى أن يحكم بمقتضاه . وهذه الأحكام مستمدة من فقه المالكية . ومن المنصوص عليه أن الحكمين طريقهما الحكم لا الشهادة ، ولا الوكالة ولو كانا من جهة الزوجين ، لأن الحكم فى اللغة هو الحاكم ، فإن اتفق الحكمان نفذ حكمهما ، ووجب على القاضى أن يحكم بمقتضاه . وهذه الأحكام مستمدة من فقه المالكية . ومن المنصوص عليه أن الحكمين طريقهما الحكم لا الشهادة ، ولا الوكالة ولو كانا من جهة الزوجين ، لأن الحكم فى اللغة هو الحاكم ، فإن اتفق الحكمان نفذ حكمهما ، ووجب على القاضى إمضاءه من غير تعقيب ولو خالف مذهبه ، وإن اختلفا فطلق أحدهما ، ولم يطلق الآخر ، فلا يكون هناك فراق لأن كل واحد منهما مال إلى صاحبه باجتماعهما عليه . ولما كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن الحكمين الآخرين كسابقيهما اختلفا ولم يقررا بجهل الحال ، وكان يتعين إزاء اختلافهما أن تكلفهما المحكمة بمعاودة البحث تطبيقاً لحكم المادة العاشرة من القانون . وإذ استنتج الحكم المطعون فيه جهل الحال من اختلاف الحكمين ، وقضى بتطليق المطعون عليها مع أن المشرع ترك للحكمين التقرير بجهل الحال ، وبالتفريق بين الزوجين تبعاً لذلك ، على أن يحكم القاضى بالتطليق حسبما قرراه عملاً بحكم المادتين التاسعة والحادية عشر من القانون ، لما كان ما تقدم فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون [1] .

اختلاف الحكمين ، وما يترتب عليه

١) إذا لم يقدم الحكمان تقريرهما بسبب عدم اتفاقهما – بأن يقررا للمحكمة اختلافهما أو يبعثا لها مذكرة بذلك – بعثت المحكمة معهما حكماً ثالثاً ،

---

[1]) نقض ٤٦/٤٠ ق س٢٥ ص٢٨١ .

وصفه النص بأن يكون صاحب خبرة بالحال وقدرة على الإصلاح . وذلك بعد تحليفه يميناً بأن يقوم بمهمته بعدل وأمانة . وبعث الحكم الثالث لا يخالف أصلاً من أصول الشريعة ، فإن القرآن الكريم لم ينه عنه ، وقد أصبح فى هذا الزمان ضرورياً لإظهار الحق ورفع الضرر ، وحسم النزاع .

(راجع المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية) .

٢) إذا اختلف الحكام ، وقرروا ذلك للمحكمة أو قدموا لها تقريراً كشف عن اختلافهم وعدم توصلهم إلى نتيجة نهائية للمهمة المسندة إليهم . فى هذه الحالة تسير المحكمة فى الإثبات .

٣) إذا لم يقدم الحكام التقرير فى الميعاد – لاختلافهم أو لإهمالهم – تسير المحكمة فى الإثبات .

هذا ويلاحظ أن النص ساوى بين حالة اختلاف الحكام الثلاثة وبين عدم تقديمهم التقرير فى الميعاد المحدد لهم ، وأعتبر أن الضرر لم يثبت وألزم المحكمة بالسير فى إجراءات الإثبات .

الضرر محل الإثبات هى

١) إدعاء الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما (مادة ٦) أى أن على الزوجة أن تقوم بإثبات الضرر الذى تدعيه ، ويقع عليها عبء الإثبات ، لأنها تدعى الضرر . غير أنه يلاحظ أنه يشترط لبعث الحكمين طبقاً للمادة السادسة :

أولاً : أن ترفع دعوى التطليق للضرر مرتين .

ثانياً : أن ترفض الدعوى الأولى للعجز عن إثبات الضرر لا لسبب آخر – كعدم الصحة أو لثبوت عدم حضول الضرر المدعى به .

ثالثاً : أن يحصل العجز عن إثبات الضرر المدعى به فى الدعوى الثانية أيضاً .

هذا ويلاحظ أن المادة الحادية عشر ألزمت المحكمة بالسير فى الإثبات – عند اختلاف الحكام ، أو عند عدم تقديمهم التقرير فى الميعاد المحدد – ومحل الإثبات هنا ليس هو الضرر المدعى به من الزوجة ، ورفعت دعواها من أجله ، لأنه لم يثبت أمام المحكمة من الأصل – قبل بعث الحكمين – إذ لم تستطع الزوجة إثباته بشكواها الثانية أمام القاضى ، ولم يثبت أيضاً أمام الحكمين أو أمام الحكام الثلاثة – وإنما محل الإثبات هو ضرر خاص ينشأ من عجز المحكمة عن التوفيق بين الزوجين ، ويظهر منه استحالة العشرة بينهما ، ويكون سبباً موجباً للتطليق إذا طلبته الزوجة ، وأصرت عليه .

والسير فى إجراءات الإثبات – عند اختلاف الحكام أو عند تقديمهم التقرير فى الميعاد – إجراء قانونى يتعين على المحكمة اتخاذه قبل القضاء بالتطليق إذا أصرت عليه الزوجة . وإلا كان الحكم باطلاً .

٢) الضرر الواقع على الزوجة من دعوة زوجها لها للعودة لمنزل الزوجية (م ١١ مكرر ثانياً) ويقع عليها الإثبات ، لأن دعوة الزوج لها بإعلان على يد محضر ، واعتراضها على هذه الدعوة يجعلها فى موقف المدعى ، وعليها إثبات جدية اعتراضها – أى إقامة البينة على دعواها – والضرر هنا يتمثل فى استحكام الخلاف بين الزوجين ، وتستخلصه المحكمة من تدخلها لإنهاء النزاع صلحاً بينهما .

ويلاحظ أن الضرر الذى تدعيه الزوجة فى هذه الحالة يدور حول طلب الزوج عودة زوجته لمنزل الزوجية ، ولا يدخل تحته أى نوع آخر من أنواع الضرر الذى تحكمه المادة السادسة من القانون .

أخذ المشرع بمذهب الإمام مالك فى أحكام الشقاق بين الزوجين كما أن بعث الحكمين مأخوذ من مذهبه إما نصاً أو مخرجاً على نصوصه ... ومن نصوص المالكية أنه إذا تعدى الزوج على زوجته ، بأن كان يضرها بالهجر أو الضرب أو الشتم ، زجره – أى منعه – الحاكم ، إذا رفعت أمرها إليه ، وأثبتت تعدى الزوج ، واختارت البقاء معه . وأجاز المالكية للحاكم زجر الزوج ، ويكون ذلك باجتهاد الحاكم ، بأن يعظه أولاً إن جزم بإفادة الوعظ .أو ظنها ، وقيل يعظه أولاً ، فإن لم يفد الوعظ أمرها بهجره ، فإن لم يفد الهجر ضربه . والطريقتان على حد سواء ، ولكن الظاهر الثانية لأن هجرها فيه مشقة عليه ، بل ربما كان أضر عليه من الضرب ، كل هذا إذا أرادت الزوجة البقاء مع زوجها – دون التطليق [1] . ولذلك نرى أنه إذا بان لمحكمة أن الخلاف مستحكم بعد التدخل للصلح ، ولم تطلب الزوجة التطليق ، ألا تتخذ إجراءات التحكيم – عند نظر الاعتراض – وإنما تقضى فى الاعتراض بعد الاعتداد بإعلان الزوج زوجته للعودة لمنزل الزوجية .

افترض المشرع أن المحكمة – بعد أن تسير فى الإثبات – قد تعجز عن التوفيق بين الزوجين ، بأن يظهر لها استحالة العشرة بينهما ، لاستحكام الخلاف ، وتصر الزوجة – مع ذلك – على التطليق . وفى هذه الحالة تقضى المحكمة بالتفريق بين الزوجين بطلقة بائنة ، مع إسقاط حقوق

---

[1]) الشرح الكبير جزء ٢ ص٣٤٣ .

الزوجة المالية كلها أو بعضها ، وألزمها بالتعويض المناسب إن كان لذلك مقتضى .

ومن هذا يظهر أن المشرع وضع قرينة قانونية قاطعة على أن استحالة العشرة فى هذه الحالة سببها الزوجة ورغم ذلك نص على تطليقها بطلقة بائنة مع إسقاط حقوقها كلها أو بعضها وإلزامها بالتعويض المناسب إن كان له مقتضى . وهذا التطليق هو تطليق ببدل يقترحه القاضى .

المادة الحادية عشر أطلقت فى اختلاف الحكمين ، ومن ثم يشمل اختلافهم على الطلاق . واختلافهم على المال ، وقد بين المالكية تفصيلات فى هذا المجال :

أ) أن يطلق المحكمون ويختلفون فى المال – أى العوض – فيقول أحدهما طلقنا بألف مثلاً ويقول الآخر طلقنا بثمانمائة ، ويقول الثالث بخمسمائة . فى هذه الحالة يجب للزوج خلع المثل – أى العوض – الذى يتقرر خلعها لمثلها . ويسرى خلع المثل إذا اختلف المحكمون فى صفة العوض أو جنسه . وإذا زاد خلع المثل على ما قرره كل محكم تعين الرجوع لقول القائل منهم بالأكثر وهو الألف . أما إذا ق خلع المثل عن دعوى أقل الحكمين تعين الرجوع للأقل وهو خمسمائة .

ب) أن يطلق المحكمون ، ويختلفون ، بأن يقول أحدهم طلقنا بعوض قدره كذا ويقول الآخر طلقنا بلا عوض . فإذا لم تلتزم المرأة بالعوض فلا طلاق يلزم الزوج ، وإن التزمت المرأة العوض وقع الطلاق وبانت من زوجها .

ج) أن يختلف المحكمون ، فيقول أحدهم طلقنا ، وينفى الآخران ذلك ، فلا طلاق يلزم الزوج . هذا ويلاحظ أن القانون قد حسم هذا الخلاف ، إذ ألزم الحكمين أو الحكام الثالث تقديم تقرير بالمهمة المسندة إليهم ، وسير العمل

فيها ، وهذا يقتضى إثبات كل ما يتفقون عليه ، وما يختلفون فيه ، من رأى وأسباب ذلك ، حتى إذا رفعوا تقريرهم للقاضى ، أخضع ما اتفقوا عليه ما اختلفوا فيه لتقديره ، ويأخذ بالتقرير أو يطرحه ، ويستمر فى نظر الدعوى على النحو الذى بينه القانون .

طبيعة عمل الحكمين فى نظر القانون

بينت المادة السادسة من القانون ١٩٢٩/٢٥ أن القاضى يطلق طلقة بائنة على الزوج إذا ثبت الضرر الواقع منه على زوجته ، وعجز عن الإصلاح بينهما . أما إذا رفض الدعوى ، وتكررت شكوى الزوجة من إضرار الزوج بها ، وعجزت عن إثبات هذا الضرر الجديد المدعى به بعث القاضى حكمين وقضى على الوجه المبين بالمواد من ٧ إلى ١١ من ذات القانون .

والقاضى يحلف كلا من الحكمين يميناً بأن يقوم بمهمته بعدل وأمانة على نحو ما نصت عليه المادة الثامنة ونصت المادة ٢/١١ أن على الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ، ويبذلا جهدهما فى الإصلاح على أى طريقة ممكنة . وبينت المادة العاشرة دور الحكمين إذا عجزا عن الإصلاح بين الزوجين ، وثبت الضرر من الزوج أو من الزوجة أو اشتركا فيه أو جهل تعرف المسئ منهما ، فإن عمل الحكمين يكون باقتراح ما يريانه من تطليق نظير بدل أو بدونه . والاقتراح لا يكون حكماً ، وإنما يكون بمثابة الدليل الذى طلبه القانون من الحكمين ، ثم بعد ذلك تجرى المحكمة سلطتها التقديرية بشأنه ، فلها أن تأخذ به وتقضى على أساسه ، ولها أن تقضى بغير ما ذهب إليه . ويؤيد ذلك أن المادة الحادية عشر أوجبت على الحكمين أن يرفعا تقريرهما إلى المحكمة ، واقترحت عدم اتفاقها ، وتبعث

المحكمة حكماً ثالثاً يحلف يميناً – أيضاً – كما افترضت عدم اتفاق الحكام الثلاثة ، أو عدم تقديم تقريرهم فى الميعاد المحدد ، فى هذه الحالة يكون على المحكمة أن تسير فى إثبات الدعوى ، ثم عليها بعد هذا الإثبات أن توفق بين الزوجين ولا تقضى بالتطليق بعد ذلك إلا بشرطين " أحدهما أن يبين لها استحالة العشرة بين الزوجين والثانى أن تصر الزوجة على التطليق .

يبين من النصوص السابقة أن دور الحكمين فى دعوى التطليق للضرر ليس هو الحكم بين الزوجين ولا هما شاهدان رغم أدائهما اليمين – وإنما يساعدان المحكمة فى أداء دورها للحكم فى الدعوى ، بما مؤداه ، أن يكون لها طرح تقرير الحكمين إذا لم تقتنع به ، بشرط أن تسبب ذلك ، وأن تقضى هى فى الدعوى بإثبات جديد تطمئن إليه ، وتعرض الصلح عند ثبوت الضرر ، ثم تحكم فى الدعوى وهو ما أكدته محكمتنا [1] العليا بأن عمل الحكمين هو التوفيق بين الزوجين ما أمكن والسعى لإعادة الحياة بينهما وتحرى أسباب الخلاف ، والوقوف على ما يشكو كل منهما من صاحبه ، فإن جهل الحال ، وكان هناك ضرر بينهما ، ولم يعرف الحكمان من المسئ ، من الزوجين إقترحا تطليقا دون بدل " فدور الحكمين هو اقتراح وليس حكماً تلتزم به المحكمة .

---

[1]) طعن رقم ٥٨/٤ أحوال .

المبحث الرابع

التطليق للزواج بأخرى

القارئ المنصف – الحر فى قراءته وتكوين آرائه – يعلم جيداً أن الإسلام جاء ليجد تعدد الزوجات ، أو قل تعدد النساء فى عصمة الرجل ، باعتبار هذا التعدد حقاً ، أو نظاماً سائداً .

ولم يكن التشريع القائم يتناول هذا النظام أو ذلك الحق ، ولم تكن المرأة تعرف لها وضعاً سوى أنها – وغيرها من النساء · متاع رجل واحد ، إلى أن جاء الإسلام لينظم فوضى علاقة الرجل بالمرأة ، وينزل الله عز وجل فى ذلك آيات قرآنية تعالج أوضاعاً – كانت متعددة وقت نزوله – فوضع حداً لعدد المباح من الزوجات ، ووضع شرطا لإباحة العدد ، هو العدل بين من يجمع الرجل بينهن كزوجات له ، ثم يقول رب الإسلام للرجال " ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم " فالإسلام يقطع – على الذين يغمزون عليه ويتهمونه بإباحة تعدد الزوجات للرجل المسلم ، وما فيه من ظلم للمرأة – هجومهم ، وأباطيلهم ، إذ يصورون أن كل رجل مسلم فى عصمته أكثر من امرأة واحدة .

الإسلام – وليس كما يقول مهاجموه – لم يشرع تعدد الزوجات ، ولم ينشئه نظاما جديداً جاء به ، وإنما وجده ، فوضع له من الأحكام ما يضبطه ، ويجعل للمرأة فيه وضعاً وكرامة ، بعد أن كانت سلعة يكتمل بها العدد المطلوب من الزوجات ، ويخفف ما يقع عليها من عنت وجور ، وجعل لها رأياً فى الزواج – بأن يكون بكامل حريتها ، فلا تقبل زوجاً لا ترضاه ، ولا زوجاً فى عصمته امرأة غيرها .

وقد استقر إجماع المسلمين منذ عصر الرسالة المحمدية وإلى اليوم ، على أن حد التعدد فى الزوجات أربع نسوة عملاً بقوله تعالى " مثنى وثلاث ورباع " وهذا الحد مقيد بأن يأمن الرجل المسلم عدم الجور ، وأن يعدل بين هؤلاء الزوجات ، فإن خاف ألا يعدل ، فواحدة ، قال تعالى " فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة " والله عز وجل ينبه إلى أن العدل بين الزوجات أمر عسير ، حتى يتدبر الرجل والمرأة أمرهما . قال تعالى " ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم ، فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة ، وإن تصلحوا وتتقوا فإن الله كان غفوراً رحيما " إن رب الإسلام لا يرضى للزوجة الثانية أو الثالثة أو الرابعة – أن تكون كالمعلقة – لا هى زوجة ، ولا هى بدون زوج – فينبه إلى صعوبة العدل المطلق بين الزوجات ، لما فى النفس البشرية من ميل فى القلب لا يملك صاحبه التحكم فيه [1] .

ومن تتبع أحاديث رسول الإسلام صلى الله عليه وسلم يجده يشدد على العدل بين الزوجات إذا عددهم الرجل ، فقال " من كانت له امرأتان فمال إلى إحداهما جاء يوم القيامة وأحد شقيه ساقط " . وآية القرآن تسبق فتقول " ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم " والفقهاء يقولون " إن المسلم يجب عليه – عند إرادة الزوجة الثانية أو من بعدها – أن يقدر الأمر ، ويرجع إلى شواهد حاله ، ومقدرته النفسية والمالية والجسدية ، فإن تيقن أنه لن يعدل ، فيجب عليه الاقتصار على الواحدة ، وإن غلب على ظنه عدم العدل ، فيجب عليه ألا يعدد ، ولا يباح له التعدد شرعاً ، إلا إذا أمن الظلم ، ووثق إمكان العدل ويسره ، أو غلب على ظنه ، فهذه أربعة أحوال ، وربما اقتضت القسمة العقلية أن تكون هناك حالة خامسة ،

---

[1]) لم ترد فى الإحصائيات ذكر لرجل تزوج بأربع نسوة ، ونسبة ١٠٠٠٠, رجل تزوج ثلاثة ومثلها تزوج باثنين .

هى استواء الأمرين – لأن من الظلم والخوف منه – فى حسابه وتقديره ، بحيث لا يستطيع الرجل أن يتيقن أحد الأمرين ، أو حتى يغلب على ظنه ، فإذا حدث مثل هذا يجب أن يكتفى الرجل بواحدة ، حتى يتيقن من أنه سيعدل أو يغلب ذلك على ظنه وتقديره ، وذلك هو التحرى الذى يليق بالمسلم فى حقوق النساء التى تآزرت نصوص الشريعة على وجوب التحرز فيها ومراعاتها قدر الاستطاعة ، ولعل فى ختم الآية السابقة بقوله تعالى " ذلك أدنى ألا تعدلوا " ما يؤيد هذا التحرج وتزكيه " [1] .

***

قلنا إن الإسلام لم يشرع تعدد الزوجات ، وإنما وجده ، فلماذا لم ينص على إلغائه ؟

إن تعدد الزوجات فى الإسلام ليست مشكلة ، ولا هى تؤخذ عليه ، وإنما تحسب له ، إلا أن المبشرين المحترفين ، اتجهوا إلى أسماع المرأة المسلمة ، بدعوى أن تعدد الزوجات يصيبها فى مقتل ، ويقال من كرامتها ، وفيه ظلمها ، إلا أنهم أكتشفوا أن فى التعدد مصالح للمرأة ، وحفظاً عليها ، ونادى بذلك العقلاء منهم على ما نبين فيما بعد .

إن التشريع الكامل لا يدع صغيرة ولا كبيرة إلا أحصاها ، وكان لها حكم فيه ، خاصة ما كان شائعاً وظاهراً وقت نزوله ، وهو تنزيل حكيم مطلع على عباده ، مدبر لما يصلح حياتهم ، ويسد حاجتهم عندما تتحكم الضرورات .

ومن يمعن ويحكم العقل يجد أن فى وضع الأحكام والقيود على تعدد الزوجات إنما كان من أجل المرأة وصالحها ، إلا أنها سمعت وتسامعت

[1]) مكانة المرأة فى القرآن الكريم والسنة الصحيحة د / محمد بلتاجى ص١٧٧ .

لمن يزيفون الحقيقة ويبدلونها بسوء قصد . والأمثلة التى نقدمها خير دليل على ذلك :

١) إذا فرضنا أن زوجين سعد كل منهما بصاحبه ثم مرضت الزوجة ، وبقيت علاقة الزوجية بينهما قائمة على حالها تسودها المودة والرحمة والسكن ، والزوج تلح عليه غريزته – وهو ممسك بزوجته . فهل الأفضل لهذه الزوجة المريضة – التى لا تصلح لزوجها ولا لزوج أخر غيره – أن يتزوج عليها دون أن يطلقها ، أو يطلقها ثم يتزوج بأخرى ، لا يقول هنا بالطلاق إلا متسرع غير خبير بالحياة الاجتماعية . ولكننا نقدم الإجابة من خارج المجتمع الإسلامى . يقول مارتن لوثر أحد مؤسسى المذاهب فى المسيحية " إن تعدد الزوجات أفضل يقيناً من الطلاق " . فما بالنا والقرآن الكريم الذى أباح التعدد – المقيد – لم يطلب تطليق الزوجة الأولى من أجل الزواج بأخرى . ولم يبح القرآن لمثل هذا الزوج أن يبقى على زوجته المريضة ، ويصرح له بأن يصرف حاجته بطريق غير مشروع .

٢) رجل تزوج امرأة ، ثم ظهر أنها عاقر – غير قادرة على الإنجاب – وهو قادر عليه ويريده ، وهذا بلا شك حقه ، ولم تجد محاولات العلاج فى وصوله إلى ما يريد ، فهل يطلق ليتزوج أخرى ، بغية الولد ، أم يتزوج مع إمساك زوجته الأولى التى يريد إمساكها . إن الإجابة عند العقلاء الذين يرون مصلحة المرأة لا تكون بتشجيع الطلاق ، ولا تكون الإجابة هى الأفضل عند الزوجة الأولى ، وإلا كانت الأنانية والأثرة – فقد أثبتت الحالات المتعددة أن مثل هذه الزوجة كانت تحث زوجها على الزواج بأخرى ، بل كانت هى التى تختار له الزوجة الثانية .

٣) إن مطالب الغريزة تختلف اختلافاً كبيراً عند الناس من حيث إلحاحها أو قناعتها بمعنى أن الرجل قد لا تكفيه زوجته ، ولا تسد مطالبه ، بل قد يجهدها ذلك ، فهل يباح لمثل هذا الرجل أن يتزوج ثانية ، أن نوقعه في عنت بطلب كبح جماح غريزته ، ونفتح له باب الخليلات ، وذلك في الإسلام زنا عقوبته الرجم . أم يكون الحل هو الطلاق ثم بعده الزواج بأخرى .

٤) إن الظروف الاجتماعية التي تلجئ إلى التعدد في الزوجات لا تقع تحت الحصر . فالمجتمع قد تمر به ظروف تدعوه إلى تزكية التعدد كعلاج لمشكلة وقع فيها . فهناك مثلاً كثرةً عدد النساء في سن الزواج . في وقت تكون فيه هذه الزيادة فيها إخلال بالتوازن الطبيعي في أعداد الجنسين وما يترتب على ذلك من مفسدة . وقد أدت هذه الظاهرة دولا – كانت تعيب التعدد – إلى المناداة به . وفي ذلك يقول الدكتور محمد زناتي [١] " وقد شعرت أمم تتبع قاعدة الزوجة الواحدة في لحظات معينة في تاريخها بالحاجة الماسة إلى تعدد الزوجات .

الأمر الغريب أن الإسلام أباح تعدد الزوجات ، وجعل أمره في يد المرأة التي تقبل رجلاً متزوجاً – زوجاً لها – ولا يدفعها إلى هذا القبول إلا حاجة ملحة ، لما في ذلك من تحصين لها ، ولا نجد من يرفض هذه الإباحة إلا امرأة مثلها تريد أن تنفرد بزوج لا تشاركها فيه زوجة أخرى على نحو ما شرع الله ، وهذه الأخرى لم تقدم على ذلك إلا سدا لحاجتها كما أراد .

إن الإسلام يعلن – في مهب الريح الأربع – للدنيا كلها انه عالج أوضاعاً متعددة وقت نزوله ، منها تعدد الزوجات الذي كان مطلقاً بلا ضوابط ،

---

[١]) تعدد الزوجات لدى الشعوب الإفريقية ص١٠١ .

ووضع أحكاما له ليعالج ما يجد من أحداث ، ولا يخفى المسلمون ذلك – ، لأن المنظم هو رب الناس العالم بهم ، وبفطروتهم ، وطلب العدل ، وعدم الجور ، بين الزوجات ، وعدم الميل إلى واحدة دون أخرى ، وهذا بخلاف ما ينادى دعاة منع التعدد ، وما يترتب عليه من ممارسة الشذوذ الجنسى بموافقة الطرفين بين الرجال ابتداء من سن الثامنة عشر بدلاً من واحد وعشرين سنة ، والسماح ببيع مطبوعات الجنس لأى مواطن جاوز الثامنة عشر من عمره (١) .

وتبادل الأزواج للزوجات أمر مشروع بحكم القانون ، ولا مطعن عليه من أولئك الذين ينكرون تعدد الزوجات لأنه كما يقولون " أمر شهوانى " . وصديق الزوجة ، وصديقة الزوج ، والصلات المتبادلة بين كل من الصديقين أمام شريك حياته ، دون أن تتحرك له نخوة أو غيره ، كل هذه أمور مقبولة من معارضى مبدأ تعدد الزوجات ، حتى أن واحدة منهن تفضل أن يعاشر زوجها – فى الحرام – مائة من العشيقات عن أن يتزوج زواجاً شرعياً بواحدة منهن ، وهو ما قالته كاتبة أخرى استشهدت لصحة رأيها بمثل يقول " مائة عشيقة ولا لزيقة " واللزيقة هى الزوجة الشرعية الأخرى لأنها ستلتصق بالزوج " (٢) .

إننا على ثقة بأن هذا الفكر لا يلقى بالاً عند المرأة الشرقية عموماً ، والمسلمة خاصة .

***

(١) مشروع قانون وافق عليه برلمان ألمانيا الغربية فى ١٩٧٣/٦/٣ .
(٢) مكانة المرأة فى القرآن الكريم والسنة الصحيحة د / محمد بلتاجى .

فكرة منع تعدد الزوجات

يقول فضيلة الشيخ محمد أبو زهرة " لما غزت مصر والشرق الأفكار الأوربية ، وُجِدَ من المستشرقين من اعتقد أن فى إطلاق تعدد الزوجات ظلماً للمرأة ، وهضما لحقوقها ، ثم التفتوا إلى الآية الكريمة التى تبيح التعدد ، فوجدوها تقيد الإباحة بقيدين ، فدعوا إلى تقييد التعدد تقييداً يشبه المنع ، وسيطرت هذه الدعوة على بعض المشرعين . ففكر منع التعدد " وأرد أجنبى إلى بلادنا " وما دام الوارد أجنبياً فالأنظار إليه شاخصة ، والعيون إليه باصرة .

القانون التونسى يمنع تعدد الزوجات إذ تنص مادته ١٨ على ان " كل من تزوج وهو فى حالة الزوجية ، وقبل فك عصمة الزواج السابق ، يعاقب بالسجن لمدة عام ، وبخطية قدرها مائتان وأربعون ألف فرنك ، أو بإحدى العقوبتين ، ولو أن الزواج الجديد لم يبرم طبقاً لأحكام القانون " ويعاقب بنفس العقوبات كل من كان متزوجاً على خلاف الصيغ الواردة بالقانون رقم ١٩٥٧/٣ والمتعلق بتنظيم الحالة المدنية ، ويبرم عقد زواج ثان ، ويستمر على معاشرة زوجة الأولى " " ويعاقب بنفس العقوبات الزوج الى يتعمد إبرام زواج مع شخص مستهدف لعقوبات المقررة بالفقرتين السابقتين " . وذهبت المذكرة الإيضاحية فى تبرير هذا النص مذهب المستشرقين فقالت " اعتماداً على ما سبق طيلة القرون الماضية من عدم إمكان العدل بين النساء ، وجاء فى قوله ، ما يؤيد عدم إمكان العدل إذ يقول جل من قائل : ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم ... " ومن الحكم والقواعد الشرعية التى أقرها القرآن والسنة وجوب العدل ... " ولم يكن هذا القول إلا بعد تأثير الوارد الأجنبى ، وعلى منهجه ، ولذلك

نجد الدكتور / محمد البلتاجي يقول " وهذا إلا بعد تأثير الوارد الأجنبي ، وعلى منهجه ، ولذلك نجد الدكتور محمد البلتاجي يقول " وهذا القول يتضمن من الخطورة قدر ما يتضمن من الخطأ ، ويكفي في رده ، أنه لو كان الله تعالى قد حرم الزوجات حقاً بمجموع الآيتين على هذا النحو الذى يقال ، فكيف أقر رسول الله صلى الله عليه وسلم ، أن يعدِّدَ جمع من الصحابة أزواجهم بعد نزول الآيتين ، وكيف غاب هذا المعنى عن الصحابة جميعاً ، ثم عن جمهور المسلمين من بعدهم جيلاً بعد جيل حتى آتى قائل هذا الرأى به . أليس من مقتضى هذا القول ، أن المسلمين ظلوا يعيشون فى ظل حرمة التعدد ، منذ عصر رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى عصرنا الحاضر ، ويمارسونه جيلاً بعد جيل ، ما أظن أن مسلماً يعرف دينه ورسوله حقاً ، يقول بمثل هذا القول ؟ فى حين أن فهم الأمر هين يسير ، فهمه رسول الله صلى الله عليه وسلم والمسلمون معه ، وبعده . حق الفهم . انظر إلى قول رسول الله صلى الله عليه وسلم عن زوجاته أمهات المؤمنين حين كان يقسم بينهن فيعول ، ثم يقول " اللهم هذا قسمى فيما أملك ، فلا تلمنى فيما تملك ولا أملك [1] .

القانون المصرى وتعدد الزوجات

لقد سيطرت فكرة منع تعدد الزوجات على البعض حتى وصلت إلى المشرع المصرى فجنح إليها – على الرغم من أن نسبة التعدد لم تكن تذكر فى المجتمع المصرى . فلم يمنع المشرع التعدد وإنما وضع قيداً عليه

---

[1]) المرجع السابق ص١٧٤ .

، بأن سمح للزوجة الأولى أن تطلب التطليق على الزوج إذا تزوج عليها ، مدعية أن ضرراً أصابها من هذا التعدد [1] .

اتجاه الفقه المعاصر – من تعدد الزوجات

يقول رأى " ما دام فى الدنيا رجل لا يكتفى بما عنده من زوجة واحـــدة ، يبحث بعينه ورجله عمن عداها ، فالاعتراف بمبدأ تعدد الزوجـــات أمـــر ضرورى ، إلا لمن يبيح الزنى وما فيه من شيوعية جنســية ، أو يغــض بصره عن الحقائق ، وينكر وجود الزنى فى الدنيا بين الرجال المتزوجين إن الإسلام عفيف لا يبيح استمتاع الرجل بغير نسائه اللاتى يوجـد بينــه وبينهن حل شرعى . وفتح الباب لمن اضطرته ظروفه إلـــى هـــذا الحـــل الشرعى ، ليعلم الملأ من الناس أن العلاقة مشروعة ، وليســت بـــالأمر المشاع كما هو الحال بين الحيوانات .

يقول أحد الأطباء الأخصائيين فى الأمراض العقلية " إن الاكتفاء بالزوجة الواحدة – على ما يرى فى أوربا – إنما هو مظهر كاذب بعيد عن الحقيقة ، فقد تبين أنه لا يمنع الفسق . فـــالأولى أن نحتـــرم تعـــدد الزوجـــات – المشروع فى ديننا بدلاً من أن نكترث بهذا التوسع فى الفسق والفجور [2] .

ويقول فضيلة الشيخ محمود شلتوت فى كتابه " الإسلام عقيدة وشريعة " – لو كان التعدد مقيداً بشئ يذكرون وراء الخوف من العدل ، والمســـاواة ، والمسألة تتعلق بشئ مما يهم الجماعة الإنسانية ، وتمس الحاجة إلى بيـــان شروطها وبيانها ، لما أهمل هذا القيد من المصـــادر التشـــريعية الأولـــى

---

[1]) اتجهت تشريعات عربية أخرى إلى الأخذ بتعدد الزوجات فى نطاق أحكام الدين ، واتجهت أخرى إلى تقييد التعدد بالعدل بين الزوجات ، أو قيدت التعدد قضائياً بالقدرة على الإنفاق كما هو الحال فى سوريا . وهناك من قيد بمصلحة مشروعة وبالعدل بين الزوجات والقدرة على الإنفاق عليهن . كما هو الحال فى العراق . وهناك اتجاه ثالث يحرم التعدد ويجعل منه جريمة كما هو الحال فى تونس على نحو ما سبق بيانه .

[2]) كتاب الطب الروحى للطبيب التركى مظهر عثمان بك .

الأصلية ، ولكان النبى صلى الله عليه وسلم مع الذين أسلموا ، ومعهم فوق الأربع موقف آخر وراءا التخيير فى إمساك أربع ، ومفارقة الباقى ، وللزم أن يبين – الوقت وقت وحى وتشريع • أن حق إمساك أربع ، أو الزائد عن الواحدة ، مشروط بالعقم أو المرض أو القدرة على تربية ما يجب من زوجاته المتعددات ، ولكن شيئاً من ذلك لم يكن ، فدل هذا على أن التعدد ليس مما يلجأ إليه إلا عند الضرورة ، وليس مما تتوقف إباحته على شئ غير العدل بين الزوجات فيما يدخل تحت قدرة الإنسان من النفقة والمسكن والملبس (١) .

يقول أحد أدباء أوروبا " إن للمسلمين أن يعاشروا إلى أربع ، أما الغربيون الذين يعدون أنفسهم أرقى مدنية منهم ، فإن لهم أن يعاشروا النساء ما شاؤوا من العدد . ويقول " وإن سألونى عن منابع المال لهؤلاء الزوجات ، أُرِيهِمْ منابع المال الذى ينفق فى الفسق وهو أكثر (٢) .

ويقول غستاف لوبون فى كتابه " حضارة العرب " عن تعدد الزوجات عند المسلمين : " لا نذكر نظاماً اجتماعياً أنحى الأوربيون عليه اللائمة كمبدأ تعدد الزوجات ، كما أننا لا نذكر نظاماً أخطأ الأوربيون فى إدراكه كذلك المبدأ فيرى أكثر مؤرخو أوربا اتزاناً ، أن مبدأ تعدد الزوجات حجر الزاوية فى الإسلام ، وأنه سبب انتشار القرآن ، وأنه علة انحطاط الشرقيين ونشأ عن هذه المزاعم الغربية على العموم أسواط سخط ، ورحمة بأولئك البائسات المكدسات فى دوائر الحريم ، فيراقبهن خصيان غلاظ ويقتلن حينما يكرهن سادتهن ... ويكمل غستاف فيقول " ذلك الوصف مخالف للحق ، وأرجو أن يثبت عند القارئ الذى يقرأ هذا

---
(١) الإسلام عقيدة وشريعة ص١٧٢ .
(٢) قولى فى المرأة ص٢٠٥ .

الفصل – أن يطرح عنه أوهامه الأوربية جانباً – أن مبدأ تعدد الزوجات الشرقى نظام طيب يرفع المستوى الأخلاقى فى الأمم التى تقول به ، ويزيد الأسرة ارتباطاً ، ويمنح المرأة احتراماً وسعادة لا تراها أوروبا " ثم يقول " ولا أرى سبباً لجعل مبدأ تعدد الزوجات عند الشرقيين أدنى مرتبة من مبدأ تعدد الزوجات السرى عند الغربيين ، مع أننى أُبصر بالعكس ما يجعله أسنى منه ، وبهذا ندرك مغزى الشرقيين الذين يزورون مدننا الكبيرة من احتجاجنا عليهم ونظرهم إلى هذا الاحتجاج شزراً [1] . كما يقول فى كتابه " روح السياسة " إن تعدد الزوجات الشرعى عند الشرقيين ، خير من تعدد الزوجات المستتر الخبيث عند الأوربيين – الذى أنتج زيادة اللقطاء من أولاد الزنا فى أوربا .

يقول المستشرق " ألفونس أتيين دينيه " الذى اعتنق الإسلام وسمى نفسه " ناصر الدين " إن الإسلام لا يتمرد على الطبيعة التى لا تُغلَب ، وإنما هو يساير قوانينها ، ويزامل أزمانها ، بخلاف ما تَفعل الكنيسة من مغالطة الطبيعة ، ومصادمتها فى كثير من شؤون الحياة ، مثل الفرض الذى تفرضه على أبنائها الذين يتخذون الرهبنة ، فهم لا يتزوجون ، وإنما يعيشون عزاباً ، وعلى أن الإسلام لا يكفيه أن يساير الطبيعة ، وأن لا يتمرد عليها ، وإنما هو يدخل فى قوانينها ، مما يجعله أكثر قبولاً ، وأسهل تطبيقاً ونظام ورضا ميسور مشكور ، حتى لقد سمى القرآن الكريم " بالهدى " لأنه المرشد إلى أقوم مسالك الحياة ، ولأنه الدال على أحسن مقاصد الخير . ويقول – والأمثلة العديدة لا تعوزنا ، ولكننا للقصر نأخذ بأشهرها ، وهو التساهل فى سبيل تعدد الزوجات ، وهو الموضوع الذى

---

[1]) المرأة فى الفقة والقانون ص٧٨ د/ مصطفى السباعى .

صادف النقد الواسع والذى جلب للإسلام فى نظر أهل الغرب مثالب جمة ، ومطاعن كثيرة ، ومما لا شك فيه أن التوحيد فى الزوجة هو المثل الأعلى ، ولكن ما العمل ؟ وهذا الأمر يعارض الطبيعة ، ويصادم الحقائق بل هو الحال الذى يستحيل تنفيذه .

لم يكن أمام الإسلام – وهو دين اليسر – إلا أن يستبين أقرب العلاج ، فلا يحكم فيه حكماً قاطعاً ، ولا يأمر أمراً باتاً ، ثم يمضى هذا المستشرق قائلاً فى معرض المقارنة بين الإسلام والمسيحية .

" إن تعدد الزوجات قانون طبيعى ، وسيبقى ما بقى العالم ولذلك فإن ما فعلته المسيحية لم يأت بالغرض الذى أرداته ، فانعكست الآية معها ، وصرنا نشهد الإغراء بجميع أنواعه ، وكان مثلها فى ذلك مثل الشجرة الملعونة التى حرمت ثمارها ، فكان التحريم إغراءاً . على أن نظرية التوحيد فى الزوجة ، وهى النظرية الآخذة بها المسيحية ظاهراً ، تنطوى تحتها سيئات متعددة ظهرت على الأخص فى ثلاثة نتائج واقعية شديدة الخطر ، جسيمة البلاء ، تلك هى " الدعارة " " والعوانس " من النساء والأبناء غير الشرعيين " وأن هذه الأمراض الاجتماعية ذات السيئات اللأخلاقية ، لم تكن تعرف فى البلاد التى طبقت فيها الشريعة الإسلامية تمام التطبيق .. وإنما دخلتها وانتشرت فيها بعد الاحتكاك بالمدينة الغربية .

ولم تقف الأمر فى شأن تعدد الزوجات عند هذا الحد ، بل نادى المنطق الاجتماعى على لسان الأوربيون أنفسهم إلى الإصلاح والأخذ بمبدأ تعدد الزوجات ، ففى أوائل القرن التاسع عشر كتبت امرأة فاضلة تقول : لقد كثرت الشاردات والواردات من بناتنا ، وعم البلاء ، وقل الباحثون عن أسباب ذلك ، وإذا كنت امرأة ، فإنى أنظر إلى هاتيك البنات ، وقلبى يتقطع

شفقة عليهن وحزناً . وماذا عسى يفيدهن بشئ حزنى وتوجعى وتفجعى . وإن شاركنى فيه الناس جميعاً ؟ لا فائدة إلا فى العمل بما يمنع هذه الحالة " الرجس " ولله درُّ العالم " توماس " فإنه رأى الداء ووصف الدواء الكافل الشفاء وهو " أن يباح للرجل الزواج بأكثر من واحدة " وبهذه الواسطة يزول البلاء لا محالة ، وتصبح بناتنا ربات بيوت ، فالبلاء كل البلاء فى إجبار الرجل الأوروبى على الاكتفاء بامرأة واحدة ، فهذا التحديد هو الذى جعل بناتنا شوارد . وقذف بهن إلى التماس أعمال الرجال ، ولابد من تفاقم الشر م يبح للرجل التزوج بأكثر من واحدة . أى ظن وخرص [١] يحيط بعدد الرجال المتزوجين الذين لهم أولاد غير شرعيين ، واصبحوا كلاً وعالة على المجتمع الإنسانى ؟ فلو كان تعدد الزوجات مباحاً لما حاق بأولئك الأولاد ، وبأمهاتهم ما هم فيه من العذاب والهوان ، ولسلم عرضهن وعرض أولادهن ، فإن مزاحمة المرأة للرجل ستحل بنا الدمار . ألم تروا أن حال خلقتها تنادى بان عليها ما ليس على الرجل ، وعليه ما ليس عليها ؟ وبإباحة تعدد الزوجات تصبح كل امرأة ربة بيت وأم اولاد شرعيين [٢] .

هذه كتابات الأوربيين تدافع عن تعدد الزوجات الذى نظمه الإسلام ، وتنادى به فى المجتمعات الأوربية بعد أن علاها وملأها الفساد فى العلاقة بين الرجل والمرأة ، ويقولون عنه إنه يتفق مع طبيعة الإنسان ، ويدفع كل شر عن المرأة ، وفيه تحصينها وشرفها ويبعدها عن نظام أشد سوءاً هو نظام الخليلات " التسرى " وما يلاحقه من استنكار فكرى ، فضلاً عن أنه يمنع الأولاد غير الشرعيين ، وما جروه على بلادهم من فساد ودمار

---

[١] الخرص هو القول بالظن .
[٢] محمد رشيد رضا – نداء إلى الجنس اللطيف ص٧٤ .

جارت فيه تشريعاتهم . فقد دلت الإحصائيات ازدياد نسبة الأولاد غير الشرعيين زيادة أقلقت مجتمعاتهم ، بل قالوا إن هذه الزيادة ما هي إلا نتيجة طبيعية لعدم اقتصار الرجل على امرأة واحدة ، وكثرة النساء اللائى لا يجدن طريقاً مشروعاً للاتصال الجنسى الذى هو جبلة فى النوع البشرى رجلاً كان أو امرأة ، قد جعل الزواج طريقه المشروع لما فيه من راحة النفس الفاضلة ، ولما فيه من مستقرها وسكنها وأمنها ، إنه نظام شرعه حكيم عليم .

***

نصت المادة الحادية عشر مكرراً من القانون ١٩٢٩/٢٥ على أن :

" على الزوج أن يقر فى وثيقة الزواج بحالته الاجتماعية فإذا كان متزوجاً ، فعليه أن يبين فى الإقرار اسم الزوجة أو الزوجات اللاتى فى عصمته ، ومحال إقامتهن ، وعلى الموثق إخطارهن بالزواج الجديد بكتاب مسجل مقرون بعلم الوصول "

" ويجوز للزوجة التى تزوج عليها زوجها أن تطلب الطلاق منه إذا لحقها ضرر مادى أو معنوى يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما ، ولو لم تكن قد اشترطت عليه فى العقد ألا يتزوج عليها "

" فإذا عجز القاضى عن الإصلاح بينهما طلقها عليه طلقة بائنة . ويسقط حق الزوجة فى طلب التطليق لهذا السبب بمضى سنة من تاريخ علمها بالزواج بأخرى إلا إذا كانت قد رضيت بذلك صراحة أو ضمناً ، ويتجدد حقها فى طلب التطليق كلما تزوج بأخرى "

"وإذا كانت الزوجة الجديدة لم تعلم أنه متزوج بسواها ثم ظهر أنه متزوج فلها تطلب التطليق كذلك "

النص السابق أوجب على الرجل إذا أراد الزوج أن يقر فى وثيقة الـزواج بحالته الاجتماعية . واختار النص لفظ أن " يقر " بدلاً من أن يبين . وهذا بطبيعة الحال أن يثبت بوثيقة الزواج ما إذا كان لم يسبق له الـزواج ، أو تزوج من قبل . وأن كان متزوجاً ، ما إذا كانت زوجته فى عصمته أم لا ويسترسل النـص ليقول ، فإذا كان الزوج متزوجاً فعليـه أن يبـين فـى الإقرار : اسم الزوجة أو الزوجات اللاتى فى عصمته ، ومحال إقامتهن . وأوجبت الفقرة الأولى أيضاً على الموثق أن يخطر الزوجة – أو الزوجات – التى فى عصمة الزوج وأقر بهن فى وثيقة الزواج – بالزواج الجديد ، بكتاب مسجل مقرون بعلم الوصول .

فالالتزام الوارد بالفقرة الأولى من النص هو التزام الزوج بـالإقرار عـن حالته الاجتماعية ، ويجب أن يكون الإقرار صـحيحاً مطابقـاً للواقـع . والالتزام الواقع على الموثق هو التزامه بإخطار الزوجـة أو الزوجـات اللائى فى عصمة الزوج بالزواج الجديد على محال إقامتهن المبين بإقرار الزوج . وقد وضع المشرع عقوبة فى المادة ٢٣ مكرراً يعاقب بها الزوج – الحبس مدة لا تتجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تجـاوز مـائتى جنيـة أو بإحدى هاتين العقوبتين – إذا أدلى للموثق ببيانات غير صحيحة عن حالته الاجتماعية أو محال إقامة زوجته أو زوجاته أو مطلقته على خلاف ما هو مقرر فى المادة ١١ مكرراً . ويشترط لقيام الجريمة فى هـذه الحالـة أن يكون إدلاء الزوج ببيانات غير صحيحة فى وثيقة زواج رسمية ، وفى عقد زواج صحيح شرعى ، لأن البطلان إذا لحق عقد الزواج فلا قيمة للإدلاء بالبيانات غير الصحيحة ولو كانت فى وثيقـة زواج رسـمية . ولا تقـع جريمة الإدلاء ببيانات غير صحيحة إذا وقعت فى عقد زواج عرفى ، ولو

كان الزواج شرعياً ، لأن النص فى المادة ١١ مكرراً فقرة ١ وفى المـــادة ٢٣ مكرراً فقرة ٢ استلـــزم أن يكون الإقرار للموثق فـــى وثيقـــة زواج رسمية .

عاقب المشرع فى المادة ٢٣ مكرراً الموثق بالحبس مدة لا تزيد على شهر وبغرامة لا تجاوز خمسين جنيهاً إذا أخل بأى من الالتزامات التى فرضها القانون . ويجوز أيضاً الحكم بعزله أو وقفه عن عمله لمدة لا تجاوز سنة .

الزواج بأخرى

أجازت الفقرة الثانية من المادة ١١ مكرراً للزوجة – التى تـــزوج عليهـــا زوجها – أن تطلب التطليق ووضع النص شروطاً لهذا الطلب هى :

١) أن يكون الزوج قد تزوج فعلاً – بأن عقد عقدا صحيحا على زوجـــة أخرى . أما الزواج الفاسد أو غير الصحيح فلا يكون سبباً للتطليق فى حكم المادة ١١ مكرراً . ويكفى مجرد العقد الصحيح ، ولا يشترط فيه الدخول أو الخلوة .

٢) أن يلحق الزوجـــة – من تزوج زوجها عليهـــا – ضـــرراً ماديـــاً أو معنوياً [١] وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية أنه " لما كانت مشكلة الجمع بـــين أكثر من زوجة مشكلة اجتماعية يتعين علاجها فإن المشرع رأى أن يكون تضرر الزوجة من الزواج عليها بأخرى نوعاً خاصاً من الضرر يـــنص عليه . وهو فى نطاق القاعدة العامة – التطليق للضرر – فإذا لحق الزوجة الأولى ضرراً من الزواج عليها بأخرى كان لها حق طلب التطليق للضرر

---

[١]) قارن عبد الناصر العطار (الأسرة وقانون الأحوال الشخصية) الأخذ بالضرر النفسى يجعل الطلاق فى هذه الحالة بيد الزوجة بغير تفويض من الزوج وهو ما يتعارض مع نصوص القرآن والسنة فى الطلاق ويخالف الشرع لأن دور القاضى فى هذه الحالة لا يتجاوز إثبات أن الزوجة تدعى ألما نفسيا أصابها من الجمع بينها وبين زوجة أخرى ، وأنه عجز عن الصلح لرفض الزوجة له مما يتعذر معه دوام العشرة بين أمثال الزوجين . وبذلك يكون الطلاق بيد الزوجة بصورة غير مباشرة .

سواء أكان الضرر مادياً أم أدبياً أم نفسياً . ومستند هذا الحكم مذهب الإمام مالك وما توجبه القاعدة الشرعية فى الحديث الشريف " لا ضرر ولا ضرار " والتخريج على مذهب الإمام أحمد وقواعد فقه أهل المدينة .

٣) أن يكون الضرر – مادياً أو أدبياً – يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالها فالضرر هنا موصوف بأنه يتعذر مع وجوده دوام العشرة بين أمثال الزوجين .

وقد عرف المالكية – وهو مصدر التطليق لضرر – الضرر بأنه " ما لا يجوز شرعاً " ونصوا صراحة بأن الزواج بأخرى لا يعتبر ضرراً شرعياً " ومثل المالكية للضرر الذى لا يجوز شرعاً بهجر الزوج زوجته بلا موجب شرعى ، أو ضربها أو سبها ، وليس من الضرر تزوجه عليها . فمن أين جاءت المذكرة الإيضاحية بأن مستند هذا الحكم مذهب الإمام مالك الذى لا يعتبر الزواج بأخرى ضرار بالزوجة الأولى . ومن أين جاءت المذكرة الإيضاحية أن الجمع بين أكثر من زوجة مشكلة اجتماعية والله عز وجل قال أن الجمع بين أكثر من زوجة مشكلة اجتماعية والله عز وجل قال مثنى وثلاثورباع . فهل واضع المذكرة الإيضصاحية من حقه أن يقرر على عكس ما قرره الله ؟

كان نص المادة السادسة مكرراً – المضافة بالقرار الجمهورى بالقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ – تنص على أنه " ويعتبر إضراراً بالزوجة اقتران زوجها بأخرى بغير رضاها ولم تكن قد اشترطت عليه فى عقد زواجها عدم الزواج عليها " وكان مؤدى هذا النص قيام قرينة قانونية حاصلها أن اقتران الزوج بزوجة أخرى – يعتبر إضراراً بالزوجة التى فى عصمته .

ولما صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بإضافة المادة ١١ مكرراً

ونصت على أنه " يجوز لزوجة التى تزوج عليها زوجها أن تطلب الطلاق منه إذا لحقها ضرر مادى أو معنوى يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالها ، ولو لم تكن قد اشترطت عليه فى العقد ألا يتزوج عليها " فإن مؤدى ذلــك أن مجرد الزواج بأخرى – فى حد ذاته – لم يعد ضرراً يجيز للزوجة أن تطلب التطليق على زوجها ؛ وذلك عملاً بمذهب المالكية الذى لا يعتبــر الزواج بأخرى ضرراً بالزوجة التى فى العصمة . وقد ورد عند مناقشــة النص – بمجلس الشعب – أنه " لا يصح أن يخلط الأمر . نحــن لا نقيــد الزواج الثانى وهو – أى القيد – غير مطروح ، والــزوج حــر فــى أن يتزوج ثانية وثالثة ورابعة ، ولا مناقشة هنا لهذا ، إننا نناقش حالة الضرر الذى يقع على الزوجة التى تزوج عليها زوجها فقط " .

هذا ويلاحظ أن مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد (1) ورد به النص فى المادة ٢٨ على أنه (أ– إذا اشترط فى عقد الزواج شرط ينافى أصــله بطل العقد . ب– وإذا اشترط فيه شرط لا ينافى أصــله ، ولكــن ينــافى مقتضاه ، أو كان محرماً شرعاً بطل الشرط وصــح العقــد " . ج– " وإذا اشترط فيه شرط لا ينافى أصله ولا مقتضاه وليس محرماً شــرعاً صــح الشرط ووجب الوفاء به ، وإذا أخل به من شرط عليه كان لمن شرط لــه حق الخيار ، سواء أكان من جانب الزوجــة أم جانــب الــزوج " . د– " والمحرم هو المتفق على تحريمه فى أرجح الأقوال فى المذاهب الأربعة " . هــ– " إذا اشترط أحد الزوجين فى الآخر وصفاً معيناً فتبين خلافه كان للمشترط طلب فسخ الزواج " و " ويسقط حق الفسخ بإســقاط صــاحبه أو رضائه بالمخالفة صراحة أو ضمناً وبالطلاق البــائن " جــاء بالمــذكرة

---

(1) هذا المشروع بعنوان " رئاسة الجمهورية – المكتب الفنى رئاسة الجمهورية "

الإيضاحية لهذا النص " أن فى مذهب الإمام أحمد ما يكفى الوفاء بحاجة الزوجين من شروط تضمن مصالحتهما ، ولا تنافى أصل العقد ولا مقتضاه ولم يجمع على تحريمها فى المذاهب السائدة ، فأخذ المشروع عنه أحكام الشروط تيسيراً للحياة الهادئة فى الأسرة وقسم الشروط إلى ثلاثة أنواع :

الأول : ما ينافي أصل العقد ، فإذا اشترط بطل العقد ، مثل أن يتزوجها إلى مدة معلومة أو مجهولة ، أو على أن يطلقها فى وقت معلوم أو مجهول أو على شرط ألا يقربها أو إذا جاء رأس السنة ، أو إذا رضيت أمها ، أو إذا رضى فلان .

الثانى : ما لا يتنافى أصل العقد ، ولكن ينافى مقتضاه أو يكون مجمعاً على تحريمه ، فيبطل الشرط ويصح العقد ، مثل أن يشترط أحدهما الخيار فى الزواج ، أبداً أو مدة ولو مجهولة ، أو يشترط الزوج عدم المهر أو النفقة أو تشترط الزوجة ألا يسافر معها إذا أرادت انتقالها ، أو يسكن بها حيث يشاء أبوها أو يشاء غيره من قريب أو أجنبى . أو يشترط أحدهما عدم ميراث الآخر منه ،فهذه الشروط باطلة لأنها تنافى مقتضى العقد وتتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد ، فلم تصح . أما العقد فيصح لأن هذه الشروط تعود إلى معنى زائد فى العقد لا ينافى أصله . ومن أمثلة الشرط المحرم اشتراط عدم ولاية الأب على أولاده ، أو عدم ثبوت نسبهم منه أو تبعيتهم فى الدين لغير المسلم من الأبوين ، أو تقطيع الأرحام أو أن تتناول معه الشراب المحرم .

الثالث : ما لا ينافى أصل العقد ولا مقتضاه وليس محرماً وهذا يجب الوفاء به ولصاحبه حق الفسخ إذا أخل به المشروط عليه ، مثل أن تشترط

الزوجة ألا يتزوج عليها ، أو عدم الانتقال من دارها ، أو لا يفرق بينهما أو بين أبويها أو أن يقيم معها ولدها من غيره ، أو أن ينفق الزوج على هذا الولد . ومن هذا القبيل مزاولة الأعمال المشروعة وإتمام الدراسة ونحو ذلك من كل شرط فيه منفعة . ولا يمنع مقصود الزواج ، وعلى أن حق الفسخ المذكور يسقط إذا أسقطه صاحبه صراحة أو ضمناً أو حصل الدخول أو طلقت منه بائناً .

هذا المشروع أجاز للزوجة أن تشترط فى عقد زواجها ألا يتزوج عليها زوجها واعتبر هذا الشرط لا ينافى أصل العقد ولا مقتضاه وليس محرماً شرعاً ، ويجب الوفاء به .

شروط الضرر الواقع على الزوجة بسبب الزواج عليها

الضرر الذى تطلب الزوجة التطليق من أجله – هنا – ليس هو مجرد زواج الزوج عليها بأخرى ، وإنما ما لحقها من ضرر بسبب هذا الزواج . ويجب أن يستوفى الشروط الآتية :

١) أن يكون هناك زواج صحيح شرعاً ، سواء كان زواجاً رسمياً – لدى الموثق – أم كان زواجاً عرفياً ، بشرط أن يكون صحيحاً قانوناً ويقع على الزوجة إثبات حصول الزواج . ولا تلزم هنا بتقديم وثيقة زواج رسمية .

٢) أن يلحق الزوجة فعلاً ضرراً – بمعنى أن يقع عليها ضرر من زواج الزوج عليها ، سواء كان مادياً أو معنوياً وأن يكون الزواج بأخرى سبب وقوعه.

٣) أن يكون الضرر مما لا يجوز شرعاً ، وأن يكون موصوفاً بأنه يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالها سواء كان مادياً أو معنوياً . على أن يؤخذ فى الاعتبار أن الضرر لا يقاس بالعاطفة ، لأن الضرر العاطفى لا يتعلق به

حكم شرعى ولأن الحكم الشرعى لا يتعلق إلا بأفعال المكلفين لا بعواطفهم وأهوائهم [١] . قال تعالى " ولو اتبع الحق أهواءهم لفسدت السماوات والأرض ومن فيهم " [٢] . وقال تعالى " وإن أحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهوائهم وأحذرهم أن يفتنوك عن بعض ما أنزل الله إليك ، فإن تولوا فأعلم إنما يريد الله أن يصيبهم بعض ذنوبهم ، وأن كثيراً من الناس لفاسقون . أفحكم الجاهلية يبغون ، ومن أحسن من الله حكماً قوم يوقنون " [٣] . وقال تعالى " وكذلك أنزلناه حكماً عربياً ، ولئن اتبعت أهوائهم بعد ما جاءك من العلمْ ما لك من الله من ولى ولا واق " [٤] . وقال عز وجل " فلذلك فأدع واستقم كما أمرت ، ولا تتبع أهواءهم ، وقل آمنت بما أنزل الله من كتاب وأمرت لأعدل بينكم " [٥] .

٤) ألا يكون الضرر الواقع بسبب الزواج بأخرى مما يدخل تحت حكم المادة السادسة من القانون .

الزواج بأخرى ليس قرينة على الإضرار بالزوجة الأولى

تعدد الزوجات – لمن اضطرته الظروف – أمر مباح وليس حراماً فى الإسلام ، ولذلك إذا تزوج رجل على امرأته ، فلا يقبل القول بأن هذا الزواج يرتب ضرراً بالزوجة التى فى عصمة هذا الرجل . فاستعمال الحل الشرعى لا يرتب ضرراً وحاش لله أن يريد ذلك . وتبين محكمة النقض بأنه لا يعد مجرد الزواج بأخرى ضرراً مفترضاً يجيز للزوجة التى فى العصمة أن تطلب التطليق على هذا الزوج ، إذ من حقه أم ينكح من

---

[١]) الأسرة وقانون الأحوال الشخصية للدكتور عبد الناصر العطار .
[٢]) سورة المؤمنين .
[٣]) سورة المائدة .
[٤]) سورة الرعد .
[٥]) سورة الشورى .

الزوجات مثنى وثلاث ورباع ، متى كان ملتزماً بتعليمات الله فى ذلك قال تعالى " وإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمـانكم ذلـك أدنـى ألا تعدلوا ... " هناك قاعدة تقول " ما شرع الله حكماً لعباده إلا وفيه مصلحتهم " وما كان ثابتاً بالنص فهو المصلحة الحقيقة التى لا تبديل لها ، وكل رأى على غير النص لا مصلحة فيه ، ولا يجوز تحكيم هذا الرأى .

إن الله أذن بتعدد الزوجات ، لمصلحة – لا شك فى ذلك – قدرها سبحانه ، وراعى فيها أحوال النفوس البشرية ، وطلب منها العـدل ، باعتبـار أن الأصل فى الرجل المسلم العدل ، وأنه لا يرضى الجور ، ولـذلك يقـول سبحانه ، فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة " ثم قال " ولن تستطيعوا أن تعـدلوا بين النساء ولو حرصتم " هنا يتعين عدم الزيادة على الزوجة واحدة .

نص القانون فتح الباب أمام الزوجة التى يتزوج عليها زوجها أن تطلـب التطليق عليه ، وسبب هذا الطلب هو تضررها ، وليس مجـرد الـزواج عليها ، فإذا ادعت الضرر فلا تتخذ من الزواج فى ذاتـه قرينـة علـى تضررها ، ولا يقبل منها القول بأنها تكره الزوج أو تنفر منه لأنه تـزوج عليها ، وإنما يجب عليها أن تثبت – وتقيم الدليل منهياً عنه شـرعاً قـد أصابها – بفعل أو امتناع عن فعل من قبل الزوج ، على أن يكـون هـذا الضرر حقيقياً لا متوهما ، واقعياً لا متصوراً ، ثابتاً لا مفترضاً مسـتقلاً بعناصره عن واقعة الزواج اللاحق فى ذاتها .

ومما تجب ملاحظته أن الضرر بسبب الزواج بأخرى لا صلة له بالضرر الذى تحكمه السادسة القانون ١٩٢٩/٢٥ ، لأن الضرر الذى تحكمه المادة ١١ مكرراً هو ضرر من نوع خاص ، وليس للمشاعر الإنسـانية التـى تعتمل فى صدر المرأة تجاه ضرتها التى مرجعها الغيرة الطبيعيـة بـين

امرأتين دخل فى تحديد هذا الضرر ، ولا مجرد تزاحم المـرأة وضـرتها على زوجها ، كل هذه أمور لا تفيد فى إثبات الضرر الذى قصدته المـادة ١١ مكرراً سالفة الذكر.

وقد ثار خلاف عند مناقشة المادة ١١ مكرراً حول الضرر ، هل يكتفـى بالنص على الضرر مطلقاً على أساس أن الضرر دون تخصيص يشـمل جميع أنواع الضرر ، ثم يوضع فى المذكرة الإيضـاحية للـنص نـوعى الضرر المادى والمعنوى ، أم يشتمل النص ذاته على الضـرر المـادى والمعنوى ، وكانت الغلبة للرأى الثانى .

كما ثار خلاف حول وصف الضرر هل هو الضرر الذى يسـتحيل معـه دوام العشرة ، أم الضرر الذى يتعذر معه دوام العشرة ، وكانـت الغلبـة للرأى الثانى أيضاً .

كما ثار خلاف حول عبء الإثبات . هل يقع على الزوجة أم على الزوج ، فقال رأى بألا يشتمل النص على عبارة " ما إذا لحقها ضـرر مـادى أو معنوى " وكان سند الرأى أن الضرر المعنوى لا يستطيع أحد تقريـره إلا الزوجة نفسها ، فكيف تستطيع أن تعبر عن حالتها النفسية . إلا أن الغلبـة كانت لضرورة النص على عبارة " إذا لحقها ضرر مـادى أو معنـوى " وبذلك انتقل عبء إثبات الضرر بنوعيه على الزوجـة التـى تـدعى أن ضرراً أصابها من زواج زوجها عليها بأخرى ، وعليها أيضـاً أن تثبـت الوصف الذى نص عليه المشرع وهو " أنه يتعذر معه دوام العشرة بـين أمثالها " .

البينة على الضرر

يكون إثبات الضرر الذى تدعيه الزوجة باقتران زوجها عليها بزوجة أخرى ، ببينة كاملة هى : رجلان أو رجل وامرأتان ، يشهد كلاً منهما بوقوع الضرر – مادياً كان أو معنوياً – وفى ذلك قضت محكمة النقض بأن التطليق للزواج بأخرى شرطه إثبات الزوجة تحقق وقوع الضرر بها لاقتران زوجها بأخرى . والبينة فى الإثبات شهادة رجلين أو رجل وامرأتين – وقضت أيضاً بأن شرط التطليق للزواج بأخرى أن تثبت الزوجة الضرر بما يتعذر معه دوام العشرة بينهما .

غير أنه يدق الأمر إذا كانت البينة مطلوبة لإثبات الضرر المعنوى ، إذ لا يستطيع أحد تقريره إلا من يدعيه ، فهو حالة نفسية لا يمكن للغير إحساسها أو تقديرها ، ولذلك فإن طلب البينة على الحالة النفسية أمر متعذر على الزوجة أو شهودها ، ولكن البينة على المدعى ، والقاضى لا يطمئن لمجرد القول بأن ضرراً معنوياً قد لحق بزوجة من جراء اقتران زوجها بأخرى عليها .

وقد ورد عند مناقشة النص فى مجلس الشعب عدة أمثلة للضرر منها :

١) الجمع بين الزوجة المريضة والضرة ، فقيل أننا لا نستطيع ان نجمع بين الزوجة المريضة – إذا تضررت – وضرتها ، وهذا قول غير مقبول لأنه لا يجعل للزوج اعتبار فى هذه الحالة ، فالزوجة المريضة تريد أن يكون زوجها معها هو الآخر مريضاً ، لأم تريد أن يلجأ إلى ما حرم الله ، ويرفض ما أحله له . لنحكم العقل قبل العاطفة عند إصدار الآراء فى مثل هذه الظروف .

٢) الإحساس بأن الزوج آثر زوجة أخرى ، وما فيه من استشعار الضرر النفسى ، هذا المثال لا يصمد أمام المناقشة ، فالإحساس هنا تفرضه الزوجة وقد لا يكون له وجود عند الزوج .

٣) الزوجة لا تحب أن تشترك معها زوجة أخرى فى عصمة رجل آخر – وهذا المثال أشد وهنا من سابقيه ، لأن المجال ليس مجال أثره ، عندما تحكم الضرورة .

إن تعدد الزوجات – إذا دعت إليه الظروف – يحتاج تهيئة الظروف والمناخ الطيب الذى يقضى على غيرة المرأة ، لتعرف أن هناك سبباً – فيها – دفع إلى الزواج عليها ، وأن إمساك الزوج بها دليل على انتفاء تضرر العشرة عليها ، فإن مال كل الميل كما قال الله ، ظهر الضرر الذى تحكمه المادة السادسة ق ١٩٢٩/٢٥ .

هذا ويلاحظ أن الضرر النفسى لا يتعلق به حكم شرعى ، إذ الحكم الشرعى كما عرفه الأصوليون هو خطاب الشارع المتعلق بأفعال المكافين طلباً أو تخييراً أو وضعاً . فالحكم الشرعى متعلق بأفعال المكلفين لا بعواطفهم ولا بأهوائهم . وقد اختلفت الآراء – عند مناقشة مشروع القانون – حول تحديد الضرر الواقع على الزوجة من زواج الزوج عليها ، فقيل الآلام النفسية ، وقيل الضرر النفسى . وقيل بعدم حب المشاركة فى زوج واحد ، وقيل الجمع بين الزوجة المريضة وضرتها ، وهذه الاصطلاحات جميعاً لا تفيد ضرراً يوجب التطليق ، ولذلك قيل " أن الأمر مرجعه فى النهاية للقضاء يبث فيه وفقاً للقواعد العامة ووفقاً للشريعة الإسلامية " والشريعة لا تعتبر الزواج بأخرى سبباً لوقوع الضرر .

إذا وقع الضرر على الزوجة ، بسبب تزوج الزوج عليها بأخرى – كان لها أن تطلب التطليق من القاضى ، سواء فى ذلك اشترطت على زوجها فى العقد عدم التزوج عليها لم تكن قد اشترطت عليه ذلك . وقد دلت صياغة الفقرة الثانية من المادة الحادية عشر مكرراً على انه يجوز للزوجة أن تشترط – على زوجها – فى عقد النكاح ألا يتزوج عليها . وقد أجاز فقه الحنابلة للمرأة أن تشترط على زوجها ألا يتزوج عليها . فإذا اشترطت عليه ذلك ثم تزوج فلها فراقه . وقد جاء فى كتاب المغنى لابن قدامه فى الجزء السادس تحت عنوان إذا تزوجها وشرط لها ألا يخرجها من دارها وبلدها فلها شرطها لما ورد عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : " أحق ما أوفيتم به من الشروط ما استحللتم به الفروج " وإن تزوجها وشرط لها ألا يتزوج عليها فلها فراقه إذا تزوج عليها [١] . وسبب ذلك عند الحنابلة أنه شرط لها فيه منفعة ومقصود لا يمنع من النكاح فكان لازماً ، فإذا لم يف به الزوج فلها فسخ النكاح . وقد روى عن عمر بن الخطاب وسعد بن أبى وقاص ومعاوية وعمرو بن العاص وبه شريح وعمر بن عبد العزيز وجابر بن زيد وطاووس والأوزاعى وإسحاق ، وسندهم حديث الرسول صلى الله عليه وسلم السابق ذكره وقوله أيضاً " المسلمون على شروطهم " . كما روى عن عمر رضى الله عنه أن رجلاً تزوج امرأة وشرط لها دارها ثم أراد نقلها فخاصموه إلى عمر فقال " لها شرطها " فقال الرجل إذا يطلقنا ، فقال عمر " مقاطع الحقوق عند الشروط " .

إذا رفعت دعوى التطليق من الزوجة على زوجها لزواجه عليها ، وأقامت البينة على الضرر الذى لحقها بسبب ذلك ، وأنه يتعذر معه دوام العشرة

[١]) المغنى لابن قدامه جزء ٦ ص٥٤٨ .

بين أمثالهما تعين على القاضى أن يتدخل لعرض الصلح عليهما ، ومحاولة الإصلاح بينهما – قبل القضاء بالتطليق – بأية صورة ممكنة ، يكون فيها صلاح حال الزوجين واستدامة العشرة بينهما ، وذلك بالتعرف على حقيقة ما تدعيه الزوجة ، وظروف ذلك والملابسات المحيطة به ، حتى يتخذ أنجح السبل لإنهاء الخلاف صلحاً .

إذا عرض القاضى الصلح على الزوجين – ثم عجز عن الإصلاح بينهما – طلق الزوجة على زوجها طلقة بائنة للضرر (فقرة ٣ من المادة ١١ مكرراً) .

يجوز عرض الصلح بين الزوجين شخصياً أو على وكيليهما المفوضين فى الصلح كما يجوز عرضه على أحد الزوجين ووكيل الآخر المفوض فى الصلح .

اشترطت الفقرة الثالثة من نص المادة ١١ مكرراً تدخل القاضى للإصلاح بين الزوجين قبل الحكم بتطليق الزوجة فنصت على أنه " فإذا عجز القاضى عن الإصلاح بينهما طلقها عليه طلقة بائنة " أما فى ظل المادة السادسة مكرراً المضافة بالقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ ، فلم يكون هناك نص على تدخل القاضى للصلح بين الزوجين ، ولذلك قضى – فى ظل هذا القانون – بأن الهدف من إلزام القاضى بالعمل على الإصلاح بين الزوجين قبل قضائه بالتفريق – وفقاً لنص المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ – هو محاولة إزالة أسباب الشقاق بينهما وعودة الحياة الزوجية إلى ما كانت عليه من نقاء وسكينة وحسن معاشرة ، وكان مؤدى نص المادة السادسة مكرراً من هذا القانون أن اقتراح الزواج بأخرى دون رضاء الزوجة الأولى يتحقق به الضرر بمجرد وقوعه فلا يزول أثره حتى

ولو انتهت الزيجة الجديدة بالطلاق ، فإن محاولة الصلح التى تقضى إزالة أسباب الضرر تكون غير مجدية فى هذه الحالة التى أفرد لها الشارع – باعتبار مالها من طبيعة خاصة – نصاً مستقلاً وخصها بقواعد مغايرة لتلك التى تحكم صور الضرر الأخرى الواردة بنص المادة السادسة السالفة البيان [١] أما فى ظل النص الجديد (المادة ١١ مكرراً) فإن تدخل القاضى للصلح بين الزوجين أصبح ضرورة قانونية لابد من مراعاتها . ويترتب على إغفالها بطلان الحكم .

مشروعية الغاية من الزواج بأخرى

لم تشترط المادة ١١ مكرراً من القانون ١٩٢٩/٢٥ أن يكون الزواج بأخرى قائماً على سبب مشروع ، يبرر للزوج أن يتزوج على زوجته ، فأجاز النص للزوجة التى تزوج عليها زوجها أن تطلب التطليق لمجرد أن تدعى وقوع ضرراً بها بسبب الزواج عليها ، وأشترط للحكم بالتطليق أن تثبت الضرر ولم يشترط النص أن يثبت أن زواجه بأخرى يقوم على سبب مشروع ، أى يثبت الغاية من الزواج على الزوجة التى فى العصمة . ومقتضى ذلك أن القاضى إذا خلص من بينة الزوجة الضرر من زواج زوجها عليها بأخرى ، وأن هذا الضرر مما يتعذر معه دوام العشرة بينهما ، ورتب على ذلك قضاءه بالتطليق ، فلا عليه – من بعد – إن هو لم يجب الزوج إلى طلب توقيع الكشف الطبى على الزوجة – مدعية الضرر – لبيان ما إذا كانت عاقراً من عدمه [٢] .

إن المذهب المالكى الذى أخذ عنه القانون التطليق للضرر ، قرر صراحة " ولا يعتبر ضرراً الزواج بأخرى " ورغم ذلك نصت المادة ٢/١١ مكرر

---

[١] نقض ٥٢/٣٠ جلسة ١٩٨٣/٥/٢٤ .
[٢] نقض ٥٩/٢٢٥ ق س٤٣/١٢٠١ .

للزوجة أن تدعى ضرراً وقع بها بهذا الزواج وكان الأحرى بالمشرع لكى يقيم روابط الأسرة ويبقى عليها أن يجعل للزوج الذى تزوج أخرى أن يقيم الدليل على أنه استعمل حقاً مباحاً ، لسبب اضطره إلى ذلك ، حتى يكــون للزوجة المتضررة حدوداً تقف عند ادعاء الضرر ، فزوجها أيضاً متضرر بسببها ورغم ذلك فهو ممسك بها ، مبق على رابطة الزوجية .

تجدد طلب التطليق عند تجدد الزواج

قلنا أن الشريعة الإسلامية نظمت تعدد الزوجات ، وجعلت من حق الزوج أن ينكح من الزوجات مثنى وثلاث ورباع ، ومما لا شك فيه أن ما شرع الله حكماً إلا لتحقيق مصالح العباد ، ومن المسلم به أن ما كان ثابتاً بالنص هو المصلحة التى لا تبديل لها ، وأن العمل على خلافها ليس إلا تعــديلاً لحدود الله ، والمصلحة التى تعارض النصوص القرآنية ليســت مصــلحة معتبرة ، فإذا كانت انحرافاً فلا يجوز تحكيمها . وقد أذن الله تعالى بتعــدد الزوجات لمصلحة قدرها سبحانه وفقاً لأحوال النفوس البشرية . ومع ذلك أباحت المادة الحادية عشر مكرراً للزوجة أن تلجأ إلـــى القاضـــى طالبــة التطليق على زوجها كلما استعمل حقه بأن تزوج عليها بزوجة جديــدة ، بمعنى أن لها أنه تكرر طلب التطليق فى كل مرة يتزوج عليها زوجهـــا ، ولم يجعل النص من رضاها بالزواج عليها مرة – أو من سقوط فى طلب التطليق للزواج بأخرى أو من رفض القاضى طلب التطليق لهذا الغرض – قبولاً منها لكل زواج يتجدد بعد ذلك بقرينة عدم صحة ادعائهــا بوقــوع ضرر عليها من الاقتران عليها بزوجة أخرى .

طلب التطليق المتجدد ، يتكرر بشروطه ، وهى أن تستعمله الزوجة فى خلال سنة من تاريخ علم الزوجة بالزواج الجديد ، والا سقط حقها فى مباشرة الدعوى . وألا تكون قد رضيت بالزواج الجديد صراحة أو ضمناً وأجاز النص للزوجة أن تطلب التطليق على زوجها إذا كانت لم تعلم - وقت زواجه منها - أنه متزوج بأخرى ، فإذا ظهر لها ذلك بعد الزواج ، ولم ترض به كان لها طلب التطليق فى خلال سنة من تاريخ علمها .

تعقيب لابد منه

طلب التطليق بأخرى ثار حوله خلاف كبير من مؤيد لـه . ومعـارض ، وهل هناك لزوم لأن يتضمن القانون نصاً خاصاً به . فالشارع الحكيم جل فى علاه ، وهو أدرى بالناس منهم ، نص على حِلِّ تعدد الرجل للزوجات ، ولفت النظر إلى عدم الاستطاعة فى العدل بين الزوجات ، ورغم ذلـك أحله ، بما مؤداه أن هذا التعدد ليس فى مصلحة الرجل وحده ، بـل فيـه مصلحة المرأة أيضاً ، فالزوجة الثانية - أو الثالثة - أو الرابعـة - هـى زوجة لرجل ، ولو سئلت عن ذلك قالت إنه خير لها من ألا تكون زوجـة لأحد ، والدين يرعى الإحصان ، ويتعهد القواعد من النساء اللائى لا يجدن نكاحاً ، وذلك من أجل تحقيق مصالح العباد وفقاً لأحوال النفوس البشرية .

إن فى مسألة تعدد الزوجات - وإن كان غير شائع بما يلفت النظر - جانباً دقيقاً غفل عنه كثيرون ، فقد تؤثر أنثى راضية ، أن يكون لها حظ النصف من حياة رجل ، على أن يكون لها غيره كاملاً فى علاقة غير مشروعه ، ومثل هذه المرأة كُثْرٌ ، ما دام فى ذلك تحقيق إحصانها ، وكمال عفتها .

لقد اثبت الواقع فى أن تعدد الزوجات ليس مشكلة تثير ضـجة المنـادين بالنص على جواز التطليق للزواج بأخرى . وفى ذلك يقول تقرير الجهاز

المركزى للتعبئة العامة والإحصاء عن سنة ١٩٧٣ " إن تعدد دوافع الزوجات ترجع إلى مرض الزوجة ، أو عدم قدرتها على الإنجاب أو رغبة الزوج فى إنجاب الذكور ، أو نتيجة للزواج المبكر للرجل بعد اختيار الزواج الأول لمن هاجر من موطنه لظروف اقتصادية فيتخذ فى المهجر زوجة أخرى ، أو نتيجة تغير ظروف الزوج التعليمية التى أصبحت لا تناسب زوجته الأولى ، فيضطر للزواج ثانية . وأن نسبة من تزوجوا من المتزوجين سنة ١٩٧٣ بزوجة واحدة ٩٦,٢ ٪ ونسبة من تزوجوا باثنتين ٣,٥ ٪ من إجمالى المتزوجين . ونسبة من تزوجوا من المتزوجين بثلاثة نسوة ثلاثة فى الألف من المتزوجين . وبهذا أثبت المجتمع المصرى أنه يستعمل التعدد بالحكمة التى أرادها المشرع السماوى وعلى حسب الحاجة دون تدخل المشرع الوضعى بالنص لحسم موضوع لم يكن غالباً ، ولا محل نظر .

آراء المستشرقين

١) برنارد شو

نظر هذا الرجل فى مجتمعه فقرر فى سنة ١٩١٨ بأن إباحة تعدد الزوجات فى الدين الإسلامى هو العلاج لهذه المشكلة المستعصية . إن أوروبا لو أخذت بهذا النظام ، لوفرت على شعوبها كثيراً من أسباب الانحلال والسقوط الخلقى ، والتفكك العائلى .

٢) فونس ايتين دييه

يقول هذا الرجل فى كتابه " محمد رسول الله " – فالواقع يشهد أن تعدد الزوجات شئ ذائع فى سائر أرجاء العالم ، وسوف يظل موجوداً ما وجد العالم ، مهما تشددت القوانين فى تحريمه ، ولكن المسألة الوحيدة هى

معرفة ما إذا كان من الأفضل أن يشرع هذا المبدأ ويحدد ، أو ان يظل نوعاً من النفاق المستتر ، لا شئ تقف أمامه ، ويحدد من جماحه ... "

ويقول " لقد لاحظ جميع الرحالة الغربيين أن تعدد الزوجات عند المسلمين أقل انتشار عن المسيحيين الذين يحرمون الزواج بأكثر من واحدة ، وليس الأمر بغريب عن الفطرة البشرية ، فالمسيحيون يجنون الثمرة المحرمة عند خروجهم على مبدئهم .

ويقول هذا الكاتب عن تعدد الزوجات فى رسالته " أشعة خاصة بنور الإسلام " يقول " لا يتمرد الإسلام على الطبيعة التى لا تغلب ، وإنما هو يساير قوانينها ، ويزاول أزماتها ، بخلاف ما تفعل الكنيسة من مغالطة الطبيعة ، ومصادقتها فى كثير من شئون الحياة ، ومثل ذلك الفرض الذى تفرضه على أبنائها ، وهو أن يتخذوا الرهبنة ، فلا يتزوجون ، وإنما يعيشون عزاباً . ويضيف " إن تعدد الزوجات قانون طبيعى سيبقى ما بقى العالم – مع أن نظرية التوحيد فى الزوجة – وهى النظرية الآخذ بها المسيحية ظاهراً – تنطوى تحتها سيئات متعددة ، ظهرت على الأخص فى ثلاثة نتائج واقعية شديدة الخطر جسيمة البلاء تلك هى : الدعارة – والعوانس من النساء – والأبناء غير الشرعيين .

٣) هل فارلين

هذا كاتب أوروبى يقول " إذا نظرنا إلى تعدد الزوجات فى الإسلام من الناحية الاجتماعية أو الأخلاقية أو المذهبية ، فهو لا يعد مخالفاً بحال من الأحوال لأرقى أسلوب من أساليب الحضارة والمدنية ، بل هو علاج عملى لمشاكل النساء البائسات والبغاء ، واتخاذ المحظيات ونمو عدد العوانس على استمرار فى المدنية الغربية بأوروبا وأمريكا .

٤) دكتور جراهام

يقول – لم تتمكن المسيحية من حل مشكلة تعدد الزوجات فيما مضى من الزمن ، وإذا عجزت عن ذلك فى هذا العصر ، فالخسارة خسارتها ... أما الإسلام فقد نظر إلى بعض العلل الاجتماعية وسمح من ورائها بتعدد الزوجات كحل إجتماعى للطبيعة البشرية [١] ، داخل حدود محكمة ، وضوابط شرعية . ولكن البلدان الغربية تبدى قولاً حماسياً شديداً لموضوع " فردية الزواج " وأما عملياً فإنها تستعمل تعدد الزوجات ... فإن أحداً لا يجهل موضوع المحظيات ومآله من دور كبير فى المجتمع الغربى . ثم ينتهى قائلاً " فالإسلام من هذا الاعتبار يعد مذهباً شريفاً [٢]، يسمح للمسلم أن يتزوج زوجة ثانية علناً ، ويحرم اتخاذ أية عشيقة سراً ، وإنما لبقاء المجتمع الإنسانى طاهراً من الناحية الخلقية .

٥) الدكتورة : آنى بيزانت

هذه امرأة غربية – نسمع لها تقول إن نظام الزوجة الواحدة المتبع فى بلاد الغرب ، ما هو إلا نظام ادعائى ، أو طريقة تَصنُّعِيةٌ . فهناك تعدد عملى فى الزوجات ، ولكن من غير مسئولية ، دون تحمل تبعة ، ألا وهو اتخاذ المحظيات اللائى يصبحن – بعد أن يهملهن الرجل " منبوذات " وتغرق الواحدة منهن إثر واحدة فى حمأة الرذيلة ، فتوصف بوصف امرأة الشارع ، لأن حبيبها الأول أفسدها ، وحظى بها ، ولم يكن مسئولاً عن مستقبلها ،

---

[١] هؤلاء فقهاء الغرب يقولون أن الإسلام نظر إلى بعض العلل الاجتماعية وسمح من ورائها بتعدد الزوجات كحل اجتماعى للطبيعة البشرية داخل حدود محكمة ، وضوابط شرعية ، وللأسف تقول المذكرة الإيضاحية للقانون إن الجمع بين أكثر من زوجة مشكلة اجتماعية .

[٢] أليست هذه شهادة أعداء الإسلام للإسلام بأنه مذهب شريف يسمح للمسلم أن يتزوج زوجة ثانية علنا ، ويحرم اتخاذ العشيقة ، لبقاء المجتمع الإنسانى طاهراً من الناحية الخلقية .

وهى بهذه الحالة تصبح أحط مائة مرة – لا مرة واحدة – من الزوجة المصونة ، أو الأم التى تعيش فى منزل رجل له زوجات متعددة [١] .

ثم قالت هذه الدكتورة " عندما نشاهد آلافاً من النساء المتسكعات فى الشوارع بالمدن الغربية أثناء الليل ندرك من غير شك ، أن ما تردده ألسنة الغربيين عن الإسلام بإباحة تعدد الزوجات – ذَمٌّ ، فى غير محله [٢].

وتضيف الدكتورة الغربية الأصل والمنشأ " إن من المستحسن جداً للمرأة واحترامها أن تعيش فى نظام الإسلام المتعدد الزوجات ، حاملة فوق ذراعها طفلاً شرعياً ، وهى محاطة بأنواع الرعاية والعناية ، أليس هذا خيراً لها من أن تبتذل إلى الشارع وحدها ، حاملة معها طفلاً غير شرعى ، لا يحميها إنسان ، ولا يهتم بحالها أحد ، وتصبح كل ليلة ضحية عابر من عابرى السبيل ، محرومة من كل ما تتمتع به الأمومة [٣] .

إن علماء الغرب يقولون أن الإسلام فى مبدأ تعدد الزوجات يعد مذهباً شريفاً يسعى لبقاء المجتمع الإنسانى طاهراً من الناحية الخلقية .

وتقول إحدى العالمات " إن من المستحسن جداً للمرأة واحترامها أن تعيش فى نظام الإسلام المتعدد الزوجات .

ويقول آخر إن نظام تعدد الزوجات قانون طبيعى سيبقى ما بقى العالم .

---

[١]) هذه مفكرة غربية من دول الحضارة تشهد لنظام تعدد الزوجات ، ولم تقل عنه ما قالته المذكرة الإيضاحية للقانون إنه مشكلة اجتماعية .

[٢]) يا ليت المناد بمهاجمة تعدد الزوجات التى ضبطه اللاسلام يتعظون .

[٣]) عن كتاب المرأة المسلمة بين عدل الشرع وواقع التطبيق للدكتورة أمنه محمد نصير .

يود كاتب هذا الكتاب أن يذكر واقعة حدثت فى ساحة القضاء وهو رئيس دائرة الأحوال الشخصية إن حضرت مجموعة من نساء الغرب قدمن إلى محكمة الأحوال الشخصية للمناقشة فى قضايا المرأة ، وكانت مسألة تعدد الزوجات من بين ما أثرنه ظانين أن فيها إهانة للمرأة المسلمة ، وبعد المناقشة وبيان مسألة تعدد الزوجات ، قالت رئيسة الوفد " يا ليت كل واحدة منا زوجة – ولو رابعة – لزوج مسلم ، وليست زوجة واحدة لرجل من بنى جنسها . لأن ... "

هؤلاء العلماء ينادون بمبادئ الإسلام بعد أن عاشوا فى الظلام الذى أعمى الإبصار ، ونزل بمجتمعاتهم إلى ادنى مستوى إجتماعى ، إنهم يريـدون النور ، وأن تحمل المرأة ولدها على ذراعها فى حماية زوج ، ولو كانـت زوجته الرابعة .

لنسمع ما تقوله كاتبة [١] شرقية " إنها تفضل أن يعاشر زوجها فى الحرام مائة امرأة من العشيقات عن أن يتزوج زواجاً شرعياً بواحدة منهن . هذه الكاتبة – بفكرها هذا الذى تدافع به عن المرأة ، تتخذ سنداً لما تقـول بـه مثلاً ادعته عامياً يقول " مائة عشيقة ولا لزيقة " واللزيقـة عنـدها هـى الزوجة الشرعية لأنها ستلصق بالزوج "

هذان منهجان فى شأن تعدد الزوجات . أحدهما صالح يسعى إلى الصلاح ، والأخر طالح يدعو إلى الفساد .

وقد عرض أمر زواج الرجل بزوجته ثانية على المشرع الوضعى فجـنح إلى اعتبار هذا الزواج مبعث ضرر للزوجة الأولى ، وقـال أن القضـاء مفتوح " يا أيها الناس اتقوا ربكم واخشوا يوماً لا يجزى والد عن ولـده ، ولا مولود له هو جاز عن والده شيئاً إن وعد الله حق فلا تغرنكم الحيـاة الدنيا ولا يغرنكم بالله الغرور " [٢]

سقوط حق الزوجة فى طلب التطليق للزواج عليها

لم تجعل المادة الحادية عشر مكرراً – الضرر الذى يلحق باقتران زوجها عليها بزوجة أخرى ، أمراً مطلقاً حسبما تشاء ، وفى الوقت الذى تشـاء ، وإنما حدد النص مدة سنة تستعمل فيه هذا الحق .

---

[١]) مكانة المرأة فى القرآن الكريم والسنة الصحيحة للدكتور محمد البلتاجى ص٢٤٠ .

[٢]) سورة لقمان - ٣٣ .

وتبدأ مدة السنة من تاريخ علم الزوجة بالزواج عليها بأخرى ، فإذا مضت هذه المدة دون رفع الدعوى بادعاء الضرر طلب التطليق ، سقط حقها فى ذلك ، والسنة هنا هى السنة الهجرية .

ويسقط حق الزوجة أيضاً إن هى رضيت بالزواج عليها صراحة أو ضمناً

إثبات علم الزوجة بالزواج عليها

كما يثبت علم الزوجة بالإخطار الذى أرسله الموثق لها عند عقد الزواج الثانى . وهذا الإخطار كما جاء بالفقرة الأولى من المادة ١١ مكرراً يكون بكتاب مسجل مقرون بعلم الوصول . ولم يقصر النص طريقة العلم على الكتاب المسجل المشار إليه ، ومن ثم يجوز للزوج أن يثبت علم الزوجة – أو برضاها – بالزواج عليها بأخرى بكافة طرق الإثبات .

هذا ويلاحظ أن السنة الهجرية هى السنة المطلوبة بالمادة ١١ مكرراً من القانون ١٩٢٩/٢٥ ، والمادة ٢٣ منه ، ولذلك لا تحسب هذه السنة بالتقويم الميلادى على نحو ما نصت عليه المادة الأولى من قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم ٢٠٠٠/١ لأن هذا التقويم قاصر على المواعيد الواردة بهذا القانون فقط .

المبحث الخامس

التطليق لاستحكام الخلاف بين الزوجين

الزواج ميثاق غليظ أحاطه الله بعنايته من حين قيامه إلى حين انتهائه ، سواء بالموت أو بغيره ، ولم يتركه للناس يقيمون قواعده وأصوله ، ويضعون نظمه وأحكامه . فالزواج عقد يتعلق بذات الإنسان وبه – وعليه – سعادته أو شقاؤه ، يقول الفقهاء الزواج عقد تتكون به الأسرة ، وتنشأ به الأجيال المستقبلة ، وتترتب عليه حقوق ، وواجبات كل من طرفيه ، وتنشأ عنه تبعات ، لما يكون بين الزوجين من نسل ، ما يتصل بهما من مصاهرة .

والزواج له غايات يقوم عليها ، مودة بين الزوجين ، ورحمة فى العلاقة بينهما ، لقيام سلام داخلى بينهما ، مبعثه السكينة ، " هن لباس لكم وأنتم لباس لهن " قال تعالى " ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة " (١) .

والمعاشرة بالمعروف ، والإمساك بالمعروف ، من قواعد الزواج التى وضعها الله ، فإن فاتت هذه القواعد ، ودخل الشقاق بين الزوجين ، وضع الإسلام قواعد للصلح بينهما ، وبدأ بتدخل الأهل إن يريد إصلاحاً يوفق الله بينهما ، فإن لم يجد الصلح نفعاً ، قال تعالى " وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته "

القانون والخلاف بين الزوجين

اعتبر القانون أن الخلاف حول طاعة الزوجة لزوجها ، قد يؤدى إلى استحكام الخلاف بينهما . وأن هذا الاستحكام فى الخلاف قد يؤدى إلى

---

(١) سورة النساء .

تطليق الزوجة على زوجها فنصت المادة الحادية عشر مكرراً ثانياً من القانون ١٩٢٩/٢٥ على أنه :

إذا امتنعت الزوجة عن طاعة الزوج دون حق توقف نفقة الزوجة من تاريخ الامتناع .

وتعتبر ممتنعة دون حق إذا لم تعد لمنزل الزوجية بعد دعوة الزوج إياها للعودة بإعلان على يد محضر لشخصها أو من ينوب عنها ، وعليه أن يبين فى هذا الإعلان المسكن .

وللزوجة الاعتراض على هذا أمام المحكمة الابتدائية خلال ثلاثين يوماً من تاريخ هذا الإعلان . وعليها أن تبين فى صحيفة الاعتراض الأوجه الشرعية التى تستند إليها فى امتناعها عن طاعته وإلا حكم بعدم قبول اعتراضها .

ويعتد بوقف نفقتها من تاريخ انتهاء ميعاد الاعتراض إذا لم تتقدم به فى الميعاد .

وعلى المحكمة عند نظر الاعتراض ، أو بناء على طلب الزوجين التدخل لإنهاء النزاع بينهما صلحاً باستمرار الزوجية وحسن المعاشرة . فإن بان لها أن الخلاف مستحكم وطلبت الزوجة التطليق اتخذت المحكمة إجراءات التحكيم الموضحة فى المواد من ٧ إلى ١١ من هذا القانون .

***

قرر الفقهاء أن الأصل فى الزوجة الطاعة ، وأنها إذا امتنعت عن طاعة الزوج تكون ناشزة ، وتسقط نفقتها عليه من تاريخ هذا الامتناع ، وسبب ذلك أن الشريعة الإسلامية جعلت حقوق الزوجية ، وواجباتها متقابلة ، فألزمت الزوج بالإنفاق على زوجته فى حدود استطاعته ، وأوجبت على

الزوجة طاعته بان تستقر معه فى منزل الزوجية الذى هيأه ، يلقيان عنده أعباء الصراع العنيف فى الحياة الخارجية إلى حين . وحقاً أن خير الزواج ما استطاع أن يدبر للإنسان زوجاً طيباً أميناً يثوب إليه كلما ألجأته المتاعب والشواغل إلى ظلاله .

والطاعة واجبة شرعاً على الزوجة ، إذا أوفاها الزوج عاجل صداقها وهيأ لها المسكن الشرعى المناسب لهما ، وطلبها إلى هذا المسكن ، ولم يوجد مانع شرعى .

وجوب الطاعة على الزوجة مقرر بحكم الشرع ، ولذلك لا يتوقف على قضاء القاضى . وقد بينت المادة ٢١٢ من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا ما على الزوجة من حقوق لزوجها . فنصت على أن " من الحقوق على المرأة لزوجها أن تكون مطيعة له فيما يأمرها به من حقوق الزوجية ويكون مباحاً شرعاً ، وأن تتقيد بملازمة بيته بعد إيفائه معجل صداقها ، ولا تخرج منه إلا بإذنه ، وأن تكون مبادرة إلى فراشه إذا التمسها بعد ذلك ولم تكن ذات عذر شرعى ، ولأن تصون نفسها وتحافظ على ماله ولا تعطى منه شيئاً لأحد مما لم تجر العادة بإعطائه إلا بإذنه " . وقد بين رسول الإسلام صلى الله عليه وسلم مدى عبادة الزوجة فى طاعة زوجها فقال "" إذا صلت المرأة خمسها وأحصنت فرجها وأطاعت زوجها دخلت من أى أبواب الجنة شاءت " فطاعة الزوجة لزوجها قرين الصلاة . وقيامها المخلص على الواجبات الزوجية فضيلتها الأولى .

فالطاعة فى الإسلام ، حسن عشرة ، ولين جانب من كل من الزوجين ، لمواجهة التبعات التى تواجه الأسرة ، وتقويها من أساسها ، وتبعث الحياة

فيها " فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا " [1] . وشرط ذلك أن يكون الزوج أميناً على زوجته فى نفسها ومالها إذ لا طاعة له عليها إذا هو تعمد مضارتها بالقول أو الفعل أو استولى على مالها بدون وجه حق .

إذا امتنعت الزوجة – دون حق – عن طاعة زوجها كانت ناشزة ، أى خارجة عن منزل الزوجية – الخروج الفعلى – مانعة نفسها من زوجها .

كما يشمل النشوز الخروج الحكمى من منزلة الزوجية ، فإذا كان المنزل مملوكاً للزوجة والزوج يسكن معها فيه ، فمنعته من الدخول عليها فيه ، عد ذلك بمنزلة الخروج من بيته . أما إذا كانت قد سألته أن ينقلها إلى منزله ، أو يشترى لها منزلا آخر لاحتياجها لمنزلها لآخذ كرائه ، فلا تعتبر ناشزة .

النشوز المستعقب لسقوط نفقة الزوجة مأخوذ فيه خروجها من منزل الزوج ، بينما الصحيح فى ذلك أن المأخوذ فيه هو عدم موافقتها على المجئ إلى منزل الزوج ، سواء كان بعد خروجها منه أو امتنعت عن أن تجئ إليه ابتداء بعد إيفاء معجل صداقها . (فتح القدير جزء ٣ ص٤٢٤) .

وجاء فى مبسوط السرخسى جزء ٥ أنه إذا تغيب المرأة عن زوجها أو أبت أن تتحول معه إلى منزله أو إلى حيث يريد من البلدان ، وقد أوفاها مهرها ، فلا نفقة لها لأنها ناشزة ، ولا نفقة للناشزة ، فإن الله تعالى أمر فى حق الناشزة بمنع حظها من الصحبة بقوله تعالى " واهجروهن فى المضاجع فذلك دليل على أن تمنع كفايتها من النفقة بطريق الأولى ، لأن الحظ فى الصحبة لهما وفى النفقة لها خاصة ، ولأنها إنما تستوجب النفقة بتسليمها نفسها إلى الزوج وتفريغها نفسها لمصالحه فإذا امتنعت عن ذلك

---

[1]) سورة النساء .

صارت ظالمة ، وقد فوتت ما كان يجب من النفقة لها باعتباره ، فلا نفقة لها . وقيل لشريح هل للناشزة نفقة ؟ فقال : نعم ، فقيل : كم ؟ قال : جراب من تراب ، معناه لا نفقة لها . وإن كان لم يوفها مهرها فأبت عليه حتى يوفيها فلها النفقة ، لأنها حبست نفسها بحق ، فلا تكون مفوتة ما به تستوجب النفقة – حكماً ، بل الزوج هو المفوت بمنعها حقها ، حتى لم يدخل بها فى ظاهر الرواية . أما أبو يوسف فقد قال أنها إذا حبست نفسها قبل استيفاء مهرها فلا نفقة لها ، وكأنه اعتبر لوجوب النفقة انتقال الزوجة إلى بيت الزوج ، فإذا لم يوجد هذا الانتقال فلا تستوجب النفقة ابتداء ، أما بعد انتقالها إلى بيت الزوج ووجبت لها النفقة فلا يسقط ذلك إلا بمنعها نفسها بغير حق . إلا أن ظاهر الرواية أن النفقة تجب بعد صحة العقد وإن لم تنتقل إلى بيت زوجها إذا لم يطلب انتقالها كان لها النفقة ، فكذلك إذا حبست نفسها لاستيفاء المهر .

إذا رجعت الناشزة إلى بيت زوجها فنفقتها عليه ، لأن المسقط للنفقة هو النشوز ، وبعودتها إلى منزل الزوج يزول النشوز والأصل فى ذلك قوله تعالى " فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا " .

نص المادة ١١ مكرراً ثانياً : المنظم لأحكام الطاعة ورد ضمن النصوص الخاصة بالشقاق بين الزوجين والتطليق للضرر .

نص الفقرة الأولى من المادة عام يشمل الزوجة المدخول بها وغير المدخول بها – إذا امتنعت عن طاعة الزوج دون حق .

وقف نفقة الزوجة – الممتنعة عن طاعة الزوج – يكون من تاريخ الامتناع عن الطاعة ، وهو مقرر بقوة القانون ، والحكم به – جزاء الامتناع –

كاشف وليس مقرراً ، ودور القاضى بحث تاريخ الامتناع عن الطاعة والتحرى عنه حتى يكون وقف النفقة من تاريخه .

الامتناع عن طاعة الزوج – دون حق – قد يكون والزوجة بمنزل الزوجية ، فتوقف النفقة أيضاً من تاريخ هذا الامتناع . فإذا كان الزوج يسكن مع زوجته فى منزلها المملوك لها ، ولم تمكنه من دخوله عليها – دون وجه حق – أى قبل أن تسأله أن يحولها إلى منزله ، أو يستأجر لها منزلاً لتنتفع بملكها ، فليس لها النفقة عليه ، أما إذا سألته وأبى أن يحولها إلى منزله أو يكترى لها منزلا ، ومنعته من الدخول عليها فى منزلها المملوك لها . فلا تكون ناشزة ، ويكون لها عليه النفقة .

طاعة الزوجة لزوجها ، تشمل الطاعة الواجبة بمسكن الزوجية ، والتى تفرضها الإقامة المشتركة بين الزوجين ، كما تشمل الطاعة الواجبة بالعودة إلى مسكن الزوجية والقرار فيه ، وعدم هجره دون حق شرعى . وهى التى تكلمت عنها المادة الحادية عشر مكرراً ثانياً . ولذلك يجوز للزوج أن يطلب زوجته إلى طاعته إذا هجرت منزل الزوجية دون مبرر ، أو أخلت بواجب الإقامة المشتركة بمنزل الزوجية وعدم القرار به بما يفوت على الزوج حق الاحتباس ودواعيه شرعاً ، ويكون على الزوج إثبات دعواه بكافة طرق الإثبات المقررة قانوناً .

هذا ويلاحظ أن نص المادة ١١ مكرراً ثانياً تضمن تنظيماً خاصاً لإثبات الخروج عن الطاعة ، ولم يمنع الزوج من الالتجاء مباشرة إلى الطريق العادى لإثبات نشوز زوجته ، فيجوز للزوج أن يرفع الدعوى ابتداء طالباً الحكم له بدخول زوجته فى طاعته فى المسكن الذى يعده لها مستوفياً الشرائط الشرعية والمرافق الصحية .

وسلوك الزوج الطريق العادى – دعوى الطاعة – فى هذه الحالة يجنب الحياة الزوجية مغبة أبغض الحلال عند الله ، وهو التفريق بين الزوجين بالتطليق الذى رسمت الفقرة الأخيرة من المادة إجراءاته فقد يكون الزوج ممسكاً زوجته بمعروف ، إلا أنها تريد مشاكسته والعمل على هدم علاقة الزوجية، لا لشئ إلا أنها أرادت ذلك ، والنص يطاوعها ، وإجراءات التحكيم مؤدية لا محالة إليه . وقد أثبتت تجارب الحياة أن كثيراً من دعاوى الطاعة بين زوجين – يخافان الله عادت بالحياة الزوجية إلى سيرتها الأولى ، وعاش الزوجان والأولاد معاً فى أمان ووفاق .

ودعوى الطاعة – بعد صدور قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية – ترفع أمام المكمة الابتدائية عملاً بالمادة ١٠ من القانون المذكور باعتبار أن هذه الدعوى لا تدخل فى الاختصاص النوعى للمحكمة الجزئية التى نصت عليه المادة التاسعة .

إثبات امتناع الزوجة عن الطاعة

تكلمت الفقرة الثانية عن حالة امتناع – اعتبارى – عن طاعة الزوجة لزوجها فقالت " وتعتبر ممتنعة – دون حق – إذا لم تعد لمنزل الزوجية بعد دعوة الزوج إياها للعودة ... " فالامتناع عن الطاعة فى هذه الحالة هو " مجرد عدم العودة لمنزل زوجها إذا دعاها إليه " . بشرط أن تكون الدعوة بإعلان على يد محضر . وقد اعتبر النص أن الامتناع هنا " بدون حق " . ومؤدى هذا يجوز للزوجة أن تثبت عدم خروجها عن طاعة الزوج رغم عدم عودتها لمنزل الزوجية إذا كانت قد خرجت منه ، ما دام لم يوفها عاجل صداقها ، أو أنه غير أمين عليها نفسها أو مالاً .

كما يجوز للزوجة أن تثبت عدم خروجها عن طاعة زوجها - رغم امتناعها عن أن تجئ إلى منزله - إذا كان زوجها لم يهيئ لها المسكن الشرعى المناسب . ولذلك أجازت الفقرة الثالثة من النص للزوجة الاعتراض على دعوة الزوج لها للعودة إلى منزل الزوجية . وقد سبق أن الأحناف يرون أن النشوز المستعقب لسقوط النفقة مأخوذ فيه بعدم موافقة الزوجة على المجئ إلى منزل الزوج ، سواء أكان بعد خروجها منه أم امتنعت عن أن تجئ إليه بعد إيفائها عاجل صداقها .

بين النص طريقة إثبات - امتناع الزوجة " الاعتبارى " عن طاعة الزوج - وذلك بأن يدعوها إلى مسكن الزوجية بإعلان على يد محضر - أى بورقة من أوراق المحضرين مستوفية بياناتها القانونية طبقاً للمادة التاسعة من قانون المرافعات . وأن تشتمل هذه الورقة بيان المسكن الذى يدعوها الزوج إليه ، بشرط أن يكون مسكناً شرعياً مستوفياً لمرافقه الشرعية وأدواته الصحيحة . وقد قضى بأن المادة أفادت أن يكون هذا البيان - الوارد فى الإعلان - كافياً بذاته لإعلام الزوجة بهذا المسكن إعلاماً يمكنها من معرفته والاهتداء إليه ، وحتى تبين عند اعتراضها عليه أوجه الاعتراض التى تستند إليها فى امتناعها عن طاعة زوجها فيه . فإذا كان هذا الاعتراض ناقص البيان أو جاء مبهماً غير مقروء ولا يمكن من التعرف على المسكن المبين فيه فإنه يفقد صلاحيته للغرض الذى أعد له ويعتبر فى شأنه كأن لم يكن [1] .

ويكون إعلان الزوجة بالعودة لمنزل الزوجة بالطريق الذى رسمه قانون المرافعات . فإذا أعلنت مع شخصها كانت عالمة علماً يقيناً بدعوة الزوج

---

[1]) نقض ٥٨/٥ ق جلسة ١٩٨٩/١٢/٢٦ .

لها ، وإذا أعلنت فى محل إقامتها مع من يقيم معها كانت عالمة بدعوة الزوج لها علماً اعتبارياً ، أما إذا أعلنت فى مواجهة الإدارة [1] أو فى مواجهة النيابة العامة فإن علمها فى هذه الحالة يكون علماً حكيماً ، وفى هذه الحالات تعتبر ممتنعة عن طاعة الزوج – دون وجه حق – إذا لم تعد إلى منزل الزوجية .

الامتناع الاعتبارى عن الطاعة – سواء بعد علم الزوجة بدعوة الزوج لها علماً يقينياً أو اعتبارياً أو حكمياً – يثبت بالإعلان ، وما جاء به من إجابة الزوجة للمحضر ، أو بتفويت ميعاد المعارضة ، وهذا الامتناع وإن كان مقرراً بحكم النص " وتعتبر ممتنعة ... " وحكم القاضى كاشف له ، إلا أنه يجب أن يبدى فى صورة دفع أمام القاضى فى دعوى النفقة ، ويجب التمسك به ، ويكون إثباته بإحدى الطرق الآتية :

١) بالإعلان الموجه من الزوج لزوجته على يد محضر لدعوتها للعودة إلى منزل الزوجية ، وفوات ميعاد المعارضة وهى ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان . ويشترط لكى ينتج الإعلان أثره أن يكون موجهاً إلى الزوجة فى موطنها ، أما إذا تعمد الزوج توجيه الإعلان فى موطن غير محل إقامة الزوجة ، فإن هذا الإعلان لا ينتج أثراً قانونياً فى جانبها ، وقد نص بأن مفاد المادتين ١٠ ، ١١ من قانون المرافعات أن الأصل فى إعلان أوراق المحضرين – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – أن يصل الإعلان إلى علم المعلن إليه علماً يقيناً بتسليم الصورة إلى ذات الشخص المعلن إليه أو إعلانها فى موطنه ، وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ١١

---

[1]) يلاحظ أن إعلان الزوجة فى مواجهة الإدارة لم يرد بنص المادة ١١ مكررا ثانيا فقرة ٢ ولن هذا النص لم يمنع اتباع قواعد المرافعات فى الإعلان فى مواجهة الإدارة ، ومن ثم فإنه يجوز للمحضر أن يلجأ إلى هذا الإجراء فى الأعلان إذا امتنع من ينوب عن الزوجة فى الإستلام .

مكرراً ثانياً من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ من أن تكون دعوة الزوج زوجته للعودة لمنزل الزوجية بإعلان على يد محضر لشخصها أو من ينوب عنها ، فإذا كانت الطاعنة تشارك المطعون ضده الإقامة فى مسكن الزوجية ، ويعلم هو بذلك ، فإن الإعلان الموجه منه فى غير هذا الموطن لا ينتج أثراً ، فإذا اعتد الحكم المطعون – عند نظر الاعتراض – بهذا الإعلان فإنه معيباً بالخطأ فى تطبيق القانون (١) .

٢) بالإجابة الواردة على الإعلان ، بأن تكون الزوجة قد أجابت المحضر برفض دعوة الزوج لها .

٣) بالحكم الصادر فى المعارضة برفضها ، والاعتداد بالإعلان الموجه من الزوج لزوجته .

ويجب فى هذه الحالات أن يكون الإعلان صحيحاً طبقاً لقانون المرافعات ، وأن يكون الحكم الصادر برفض المعارضة نهائياً .

إعلان الزوجة بالعودة لمنزل الزوجية

تنصت الفقرة الأولى من المادة ١١ مكرراً ثانياً على أنه " وتعتبر ممتنعة دون حق إذا لم تعد لمنزل الزوجية بعد دعوة الزوج إياها للعودة على يد محضر لشخصها أو من ينوب عنها وعليه أن يبين فى الإعلان المسكن " هذا النص يدل على أنه يتعين أن يكون البيان الذى يشتمل عليه الإعلان كافياً بذاته لإعلام الزوجة بهذا المسكن إعلاماً يمكنها من معرفته والاهتداء إليه ، وحتى تبين عند اعتراضها عليه ، أوجه الاعتراض التى تستند إليها فى امتناعها عن طاعة زوجها فيه . فإذا جاء الإعلان ناقص البيان فى ذلك أو جاء مبهماً لا يمكن الزوجة من التعرف

---

(١) نقض جلسة ١٩٩١/٦/١١ .

على المسكن المبين فيه ، فإن الإعلان يفقد صلاحيته للغرض الذى أعد له ويعتبر فى شأنه كأن لم يكن . وسبب ذلك أنه ينبغى أن يستكمل إنذار الطاعة بذاته شرائط صحته ، إذ لا يقبل تكملته ما نقص فيه من البيانات الجوهرية التى يتطلبها القانون من مصادر أخرى غير مستمدة منه . وقد قضى بأنه إذا كان إنذار الطاعة قد خلا من بيان المسكن الذى يدعو المطعون ضده الطاعنة للدخول فى طاعته فيه ، وكان من شأن ذلك التجهيل به وعدم اهتدائها إليه ، ومن ثم عدم تمكنها من بيان الأوجه الشرعية التى تستند إليها فى امتناعها عن طاعة زوجها فيه بما يفقد معه هذا الإنذار صلاحيته للغرض الذى أعد من أجله ، ولا يغنى عن ذلك بيان المطعون ضده للمسكن من بعد فى محضر التحقيق الذى أجرته محكمة أول درجة ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر على سند من أن مسكن الطاعة استوفى شروطه فإنه يكون قد خالف القانون بما يوجب نقضه [١] .

يلاحظ ما يأتى

١) الفقرة الثانية من المادة ١١ مكرراً ثانياً اقتصرت على حالة واحدة من حالات عدم طاعة الزوجة لزوجها ، وهى حالة خروجها من منزل الزوجية ، ورفضها العودة إليه – دون وجه حق – وبذلك يخرج عن هذه الحالة الزوجة غير المخول بها ، فلا يحوز للزوج أن يتخذ طريق المادة ١١ مكرراً ثانياً بأن يدعوها للعودة لمنزل الزوجية ، وإنما سبيله إلى ذلك هو دعوى الطاعة العادية .

---

[١]) نقض ٦٢/٥١ ق أحوال (١٩٩٥/١٢/١١)

٢) الامتناع المقرر حق الزوجة – طبقاً للفقرة الثانية – امتناع اعتبارى ، فلا يتقرر إلا إذا دعى الزوج زوجته للعودة إلى منزل الزوجية بإعلان على يد محضر مستوفياً الشروط التى وضعها .

٣) الدعوة للعودة لمنزل الزوجية ، يترتب على مخالفتها – بعدم العودة – اعتبار الزوجة ممتنعة عن طاعة زوجها دون حق . ولذلك لا يتحقق هذا " الامتناع الاعتبارى " إلا إذا تحقق شرطه وهو " الدعوة " السابقة عليه . ولذلك فإن الدعوة فى حد ذاتها تعتبر إجراءا موضوعياً لقيام الحكم عليه وهو الامتناع الاعتبارى عن الطاعة . فإذا طالت غيبة الزوجة عن منزل الزوجية دون أن يدعوها الزوج للعودة إليه ، فإنها لا تعتبر ممتنعة عن طاعته .

وقد بين النص كيفية توجيه الدعوة – من الزوج لزوجته – بالعودة لمنزل الزوجية ، بأن تكون بإعلان على يد محضر إما لشخصها أو لمن ينوب عنها ، ويجب أن يبين فى الإعلان المسكن الذى يدعوها الزوج لعودة إليه . وهذا الإجراء – الإعلان – هو من الإجراءات الشكلية التى بينها قانون المرافعات . وقد قضى بأن ما ورد فى المادة السادسة مكرراً ثانياً (المادة ١١ مكرراً ثانياً) فى خصوص ما يتبع فى دعوة الزوج زوجته للدخول فى طاعته واعتراضها فى ذلك أمام المحكمة الابتدائية إنما هى من قواعد الاختصاص ومسائل الإجراءات ، وتسرى على جميع منازعات الطاعة أياً كانت ديانة أطرافها [١] .

---

[١]) نقض ٥٤/٧٦ ق (١٩٨٦/٥/٢٧) . فى تقديرنا أن دعوة الزوج زوجته للعودة إلى منزل الزوجية هى إجراء موضوعى خاص بالمسلمين إذا رغب الزوج أن يسلك سبيل المادة ١١ مكررا ثانيا . وينطبق أيضا على مختلفى الطائفة والملة من المسيحيين دون متحدى الطائفة والملة . ولا يعتبر الإجراء هنا شكليا لمجرد أن المشرع رسم له طريقة معينة هى الإعلان على يد محضر ذلك ان الدعوة – بذاتها – هى مقدمة لأمر – هو " اعتبار الزوجة ممتنعة " وهذا الأمر هو " حكم موضوعى " ومقدمات الأمور تأخذ أحكامها " .

وقد قضى بان المقصود ببيت الطاعة هو أن تكون الزوجة فى محل تأمن فيه على نفسها ومالها وتستطيع الاستمتاع فيه بزوجها وهذا يتأدى فى بيت له غلق ولو كان بجواره بيوت كثيرة . أما مسألة المرافق الأخرى كبيت الخلاء والتنور وبئر الماء فلم يشترط وجودها داخل البيت بل أجازوا وجودها فى الدار وأن تكون على سبيل الاشتراك ، حتى أنه جعلت هذه المرافق تختلف باختلاف طبقات الناس ، فلو كانت من الشروط الضرورية لشرعية المسكن لاشترط كونها داخل البيت وعدم اشتراك الغير فيها . ولما اختلفت باختلاف الناس ، لكونها بهذه الصفة يفهم منه . أن المقصود اندفاع الحاجة بأى طريق مع عادات الناس وطبقاتهم ، فإذا كانت طبقة الزوجين ممن لا يصلح أن يشترك فى هذه المرافق يجب أن تكون هذه المرافق فى بيتها ومغلق عليها بغلق واحد لا يشاركها فيه أحد ، وإن كانت من طبقة الفقراء الذين يسكنون الربوع والأحواش فيكفى فيه اندفاع الحاجة .

وقضى بأن المسكن الشرعى الذى يجب تهيئته للزوجة هو الذى يكون مستوفياً للأدوات والمرافق الشرعية ، وخالياً من سكن الغير . وبين جيران صالحين . وهذه الشروط استيقت من قول الفقهاء أن الزوجة يسكنها زوجها فى بيت تكون فيه آمنة على متاعها وعدم ما يمنعها من المعاشرة مع زوجها والاستمتاع .

وقضى بأن المشرع شاء أن يكون منزل الطاعة خالياً من سكن أهلها رعاية لهما فى العشرة وكمالها ، وعناية بالمرأة حتى تكون فى مأمن على نفسها ومالها ، وجاء النص صريحاً فى أنه لو أراد إسكانها مع ضرتها أو أحمائها كأمه وأبت عليه ذلك أجبر على إسكانها فى منزل على حدته ، لأن أباءها دليل الأذى بهم والتضرر منهم – البدائع وابن عابدين – وكذلك شاء

التشريع ألا تقوم فوضى اختيار هذا المنزل ، بل شرط الفقهاء أن يكـون بين جيران صالحين . وأقوام آخرين ، حتى لا تأخذ الزوجة فيه وحشـة ، ولا تحل بها فيه نكبة – فقال صاحب البحر – للزوج أن يسكنها حيث أحب ، ولكن بين قوم صالحين ، فإن علم القاضى ذلك زجره ومنعه من التعدى عليها ، وإلا سأل الجيران عن صنيعه فإن صدقوها منعه من التعـدى ولا يتركها . وإن لم يكن فى جيرانها من يوثق بهم أو كانوا يميلون إلى الزوج أمره بإسكانها بين قوم صالحين .

وجاء فى حاشية ابن عابدين بعد كلام صاحب البحر وقد علم من كلامه أن البيت الذى ليس له جيران ليس بمسكن شرعى . وفى الزيلعى ، ولو شكت أنه يضربها أو يؤذيها إن علم القاضى ذلك زجره . وإن لـم يعلـم سـأل جيرانه فإن لم يوثق بهم أو كانوا يميلون إليه أسكنها بين قوم أخيار يعتمد القاضى على خبرهم . ومن ذلك نرى أن مسكن الطاعة إذا أقيم وحـده ، ولم يتصل به جيران طيبون ، عد مسكناً غير شرعى ولا تجبر الزوجـة على طاعة زوجها فيه .

وقضى بأنه يجب على الزوج سائر أدوات البيت من فراش وآنية وأدوات تليق بحسب عرف وزمانه ومكانه .

وقضى بأنه لا يشترط أن يكون جيران المسكن سكاناً فى نفس المنزل الذى به المسكن ، بل يكفى أن يكونوا بحيث يصل إليهم صـوت الاسـتغاثة ، ويتمكنوا من الشهادة مما يقع بين الزوجين [١] .

المنع من المطالبة بالمفروض للنشوز شرطه دوام النشوز وثبوتـه وقـت الحكم . فإذا انقطع النشوز بعده لسبب شرعى زال المنـع . فـالمنع مـن

---

[١] مبادئ القضاء فى الأحوال الشخصية للمؤلف ص٩٥٩ وما بعدها .

المطالبة ، والنشوز مرتبطان ، وكلاهما على خطر الزوال . فالنشوز هو مناط المنع من المطالبة بالمفروض وعدمه ، فإذا ثبت النشوز كان لطلب المنع وجاهته ، أما إذا ثبت عدم تحقق النشوز بأن زالت شرعية مسكن الزوجية أو ثبت عدم أمانة الزوج على زوجته فإن طلب منع الزوجة من المطالبة بالمفروض لها يكون على غير أساس .

اعتراض الزوجة على دعوة الزوج لها لمنزل الزوجية

أجاز القانون للزوجة أن تعترض على دعوة الزوج لها للعودة لمنزل الزوجية فى خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلانها على يد محضر . ويجب أن يكون واضحاً أن الاعتراض هنا ليس على مجرد الدعوة للعودة إلى منزل الزوجية ، وإنما الاعتراض وارد أصلاً على فساد هذه الدعوى ، كأن يكون منزل الزوجية غير موجود أصلاً ، أو فى وجود نقص كخلوه من المرافق الشرعية والأدوات اللازمة لقيامه ، أو شغله بسكنى الغير ، وكأن يكون الزوج غير أمين على زوجته فى منزل الزوجية نفساً ومالاً لأن الطاعة وإن كانت حقاً له على زوجته أن ذلك مشروط بأن يكون الزوج أميناً على نفس الزوجة ومالها ، فلا طاعة له عليها إن هو تعمد مضارتها بأن أساء إليها بالقول أو بالفعل أو استولى على مال لها بدون وجه حق [1] .

ويرفع الاعتراض بصحيفة تبين فيها الزوجة البيانات القانونية لصحف الدعاوى ، وكذلك البيانات والأوجه الشرعية لاعتراضها على دعوة الزوج

---

[1]) نقض ٥٥/١١٦ ق (١٩٨٦/٦/٢٤) حيث ورد به أنه يكفى فى ثبوت أضرار الزوج بزوجته إضرارا يدل على عدم أمانته على نفسها ومالها أن تتفق شهادة الشهود على إيذاء الزوج على نحو معين تتضرر منه دون أن يشترط لذلك أن تنصب شهادتهم على كل واقعة من الوقائع التى تشكل هذا الإيذاء باعتبار أنها ليست بذاتها مقصود الدعوى بل هى تمثل فى مجموعها سلوكا تتضرر منه الزوجة ولا يقره الشرع .

، والتى تستند إليها – كمبرر – للامتناع عن العودة لمنزل الزوجية المبين بالإعلان .

اعتبر المشرع – الأوجه الشرعية التى تستند إليها الزوجة فى امتناعها عن طاعة الزوج – من البيانات الضرورية التى يجب أن تضمنها صحيفة المعارضة ، ورتب على خلو الصحيفة من هذه الأوجه الشرعية ، الحكم بعدم قبول الاعتراض . والأوجه الشرعية التى تتضمنها الصحيفة هى :

١) الاعتراض على المسكن (منزل الزوجية) من حيث مرافقة الشرعية وأدواته الصحية . ومدى مناسبته لحال الزوجين ، وسكنى الغير به ، وخوفها على نفسها فيه – بشرط أن يكون الاعتراض قائماً على أساس يتبينه القاضى وله أصله فى الأوراق .

٢) الاعتراض على أمانة الزوج على زوجته نفساً . وعلى الزوجة أن تقيم الدليل أمام القاضى على عدم الأمانة .

٣) الاعتراض على أمانة الزوج على زوجته فى مالها على أن تقيم الدليل على ما تدعيه .

هذا ويلاحظ أن قضاء محكمة النقض قد استقر على أن ما يتبع فى دعوة الزوج زوجته للدخول فى طاعته واعتراضها على ذلك أمام المحكمة الابتدائية إنما هى من قواعد الاختصاص ومسائل الإجراءات التى تسرى على جميع منازعات الطاعة – بالنسبة للمصريين – أياً كانت ديانة أطرافها [١] .

---

[١]) نقض ٥/٧٦ ق جلسة ١٩٨٦/٥/٢٧ .

المحكمة المختصة بنظر الاعتراض

يكون الاعتراض أمام المحكمة الابتدائية المختصة خلال المحدد بالنص . والمحكمة المختصة هى المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه عملاً ١٥/٢ من القانون الصادر بالقانون رقم ١/٢٠٠٠ .

مدة المعارضة

ترفع الاعتراض فى خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الزوجة على يد محضر . ولا يبدأ هذا الميعاد إلا من تاريخ الإجراء الذى رسمه القانون وهو الإعلان على يد محضر .

لا يدخل فى ميعاد الاعتراض يوم الإعلان ، ويجب أن تتم قبل فوات ميعاد الثلاثين يوماً ، لأن النص استلزم أن يكون الاعتراض فى خلال هذا الميعاد .

إذ لم تقدم صحيفة الاعتراض فى الميعاد ، أو إذا لم تشتمل على الأوجه الشرعية التى تبرر للزوجة امتناعها عن طاعة الزوج حكمت المحكمة بعدم قبول الاعتراض .

الحكم بعدم قبول الاعتراض تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب صاحب المصلحة .

يلزم لبدء الخصومة فى الاعتراض أن تودع الصحيفة قلم كتاب المحكمة المختصة خلال ميعاد الاعتراض . أما إعلان الزوج بصحيفة الاعتراض فهو إجراء لازم لانعقاد الخصومة بين طرفيها ، ويكون وجود الخصومة – الذى يبدأ بإيداع صحيفتها قلم الكتاب – معلقاً على شروط إعلانها إلى الزوج إعلاناً صحيحاً .

هذا ويجب ملاحظة أنه لا يجوز للزوجة المعترضة - بعد إيداع صحيفة الاعتراض قلم الكتاب - أن تضيف أثناء نظر الاعتراض - أمام المحكمة - وجهاً جديداً لاعتراضها لم يكن وارداً بصحيفة الاعتراض ، ولا أن تضمن مذكراتها أوجهاً جديدة للاعتراض . فإن هى فعلت قضت المحكمة بعدم قبول الأوجه الجديدة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الزوج المعترض ضده . ولهذا يتعين على الزوجة أن تضمن صحيفة الاعتراض كل ما لديها من أوجه شرعية تستند إليها . وأن تعرف هذه الأوجه تعريفاً واضحاً يكشف المقصود منها ، وإلا كان الاعتراض غير مقبول .

نظر الاعتراض

تنظر المحكمة الابتدائية الاعتراض على النحو التالى :

١) من حيث الشكل - أى من حيث قبول الاعتراض . وشرطه أن يكون إيداع صحيفة الاعتراض فى خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الزوجة بدعوة الزوج لها للعودة لمنزل الزوجية . وأن تتضمن صحيفة الاعتراض الأوجه الشرعية التى تستند إليها الزوجة فى امتناعها عن طاعة الزوج . فإذا خلت الصحيفة من الأوجه الشرعية التى بنى عليها الاعتراض ، أو أودعت بعد ثلاثين يوماً من تاريخ إعلانها على يد محضر ، قضت المحكمة من تلقاء نفسها - أو بناء على طلب الزوج - بعدم قبول الاعتراض .

٢) من حيث الموضوع : أوجب القانون على المحكمة - قبل أن تفصل فى موضوع الاعتراض - أن تتدخل - من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الزوجين - لإنهاء النزاع صلحاً باستمرار الحياة الزوجية . وحسن المعاشرة وذلك بأية صورة ممكنة تراها المحكمة على ضوء أسباب

الاعتراض ، فإذا كان الاعتراض منصباً على عدم شرعية المسكن أمرت المحكمة الزوج بإعداد مسكن شرعى مناسب لحالهما ، إذا بان للمحكمة أن المسكن الذى حدده الزوج فى الإعلان غير مستوف لما يجب توافره شرعاً من حيث المرافق الشرعية والأدوات الصحية ، فإذا طلب الزوج أجلاً لإعداد المسكن المناسب أو إدخال تعديل عليه ليصير مسكناً تعين على المحكمة إجابة طلبه لأجل مناسب – إذا بان لها جدية الطلب [1] . وإذا ظهر للمحكمة أن الزوج غير أمين على زوجته أمرته بحسن العشرة وكف أذاه عنها ، وحددت له أجلاً ترجع فيه الزوجة إلى المحكمة للكشف عن حال زوجها ، والسبب فى ذلك أن النص أوجب على المحكمة التدخل لإنهاء النزاع صلحاً بين الزوجين وذلك بقصد استمرار الزوجية وحسن المعاشرة . ومن خلال هذا الحق ، المقرر قانوناً للمحكمة – الواجب عليها ، يكون لها أن تناقش أوجه الاعتراض ويعمل على إصلاح ما فسد منها ، ويمكن إصلاحه أمامها وأن تأمر المخل بحسن العشرة بإصلاح ما أعوج منه ، وكف أذاه عن شريكه فى الحياة الزوجية .

هذا هو الغرض من تدخل المحكمة لإنهاء النزاع صلحاً بين الزوجين باستمرار الحياة الزوجية ، ولا يكفى مجرد عرض الصلح على الطرفين دون السعى له فإذا التزم الزوج إصلاح وجه الاعتراض على مسكن الزوجة أو التزم أمانته على الزوجة نفساً ومالاً أجيب إلى ما التزمه .

يجب على المحكمة أن تقضى برفض الاعتراض إذا قام الزوج بإزالة أسباب الاعتراض على مسكن الزوجية ، ولو استمرت الزوجة على اعتراضها عليه ، لأنها بذلك تكون ممتنعة على طاعة الزوج بدون حق .

---

[1] تقدير شرعية المسكن من عدمه خاضع لتقدير قاض الدعوى ، ولذلك يجوز له أن يمكن الزوج لإعداد المسكن فى الميعاد المناسب .

ويكون اعتراضها قائماً على مجرد الدعوة للعودة لمنزل الزوجية بدون سبب .

أما إذا ظهر للمحكمة أن الخلاف مستحكم بين الزوجين ، وتحققت صحة الاعتراض على المسكن أو على أمانة الزوج – مثلاً – تعين القضاء بعدم الاعتداد بالإعلان الموجه من الزوج لزوجته للعودة لمنزل الزوجية . وقد قضى بأن المشرع أوجب على المحكمة عند نظر دعوى اعتراض الزوجة على إعلان الزوج لها بطاعته فى المسكن المعد للزوجية التدخل لإنهاء النزاع صلحاً [1] .

تدخل المحكمة لإنهاء النزاع صلحاً بين الزوجين لا يمنع أى منهما من طلب إثبات أن الطرف الآخر هو السبب فى استحكام الخلاف ويكون هذا الإثبات بكافة طرق الإثبات قانوناً .

لم يشترط النص لتدخل المحكمة لإنهاء النزاع صلحاً بين الزوجين حضورهما بشخصيهما أمام المحكمة بل يكفى أن يمثل أحدهما بشخصه والآخر بوكيله المفوض فى ذلك أو يمثلا بوكيليهما المفوضين بالصلح عنهما . كما أن النص لم يشترط أن يطلب أحد الزوجين بشخصه من المحكمة التدخل لإنهاء النزاع صلحاً ، فقد يطلب ذلك وكيله المفوض بإجراء الصلح .

ويجب على المحكمة إثبات الدور الذى قامت به فى محضر الجلسة وبالحكم الذى يصدر فى الاعتراض ، باعتبار أن هذا الإجراء – التدخل لإنهاء النزاع صلحاً – أوجبه القانون . وقد قضى بأن المشرع أوجب على المحكمة عند نظر دعوى اعتراض الزوجة على إعلان الزوج لها بالدخول

---

[1] نقض ٥٢/٣٥ ق جلسة ١٩٧٤/٢/٢١ .

فى طاعته ، وقبل أن تفصل فى موضوع الاعتراض أن تتدخل من تلقاء نفسها – أو بناء على طلب أحد الزوجين – لإنهاء النزاع بينهما صلحاً ، باستمرار الحياة الزوجية وحسن المعاشرة ، وذلك بأية صورة ممكنة ، تراها فى ضوء أسباب الاعتراض ، ومن خلال هذا الحق المقرر قانوناً للمحكمة ، أن تناقش أوجه الاعتراض ، وتعمل على إصلاح ما فسد منهما ، وما يمكن إصلاحه أمامها ، بأن تأمر المخل بحسن المعاشرة ، بإصلاح ما أعوج منه ، وكف أذاه عن شريكه فى الحياة الزوجية ، ولا يكفى لذلك مجرد عرض الصلح على الطرفين دون السعى له ، ويجب على المحكمة إثبات الدور الذى قامت به ، فى محضر الجلسة وفى أسباب الحكم الذى تصدره فى الاعتراض باعتبار أن هذا الإجراء – أى التدخل لإنهاء النزاع صلحاً – إجراء جوهرى أوجبه القانون ، ولصيق بالنظام العام وأن مخالفته ذلك يترتب عليه بطلان الحكم [1] .

طلب التطليق من خلال الاعتراض على إنذار الطاعة

نصت الفقرة الأخيرة من المادة ١١ مكرراً ثانياً على أنه وعلى المحكمة عند نظر الاعتراض أو بناء على طلب أحد الزوجين ، التدخل إنهاء النزاع بينهما صلحاً باستمرار الزوجية وحسن المعاشرة ، فإن بان لها أن الخلاف مستحكم ، وطلبت الزوجة التطليق ، اتخذت المحكمة إجراءات التحكيم الموضحة فى المواد ٧ إلى ١١ من هذا القانون "

طلب التطليق على الزوج من خلال الاعتراض على إنذار الطاعة ، طلب له وضع خاص ، فقد اشترط النص لإبداء هذا الطلب ما يأتى :

---

[1]) نقض ٦٣/١٨١ ق أحوال (١٩٩٨/٦/٢٣)

١) أن يكون الطلب من خلال دعوى الاعتراض على إنـــذار الطاعـــة ، وليس بصحيفة مبتدأة ، ولا من خلال صحيفة الاعتــراض . بمعنـــى أن يكون الاعتراض على إنذار الطاعة قائماً أمام المحكمة ويدور موضـــوعه حول مدى التزام الزوجة بواجب القرار فى مسكن الزوجية ، وما إذا كان لديها مبرر يدعوها إلى عدم العودة إليه . فإذا ضمنت الزوجـــة صـــحيفة الاعتراض ، طلب التطليق للضرر مثلاً ، باعتبار هذا الطلب من طلبـــات الدعوى – بالاعتراض – فإن مؤدى ذلك خضوع هذا الطلب للضرر الذى يحكمه نص المادة السادسة من القانون ١٩٢٩/٢٥ وليس نص ١١ مكرراً ثانياً . فإذا قضت المحكمة بعدم الاعتراض بإنذار الطاعة ، وقضت بتطليق الزوجة على زوجها بعد اتخاذ إجراء التحكيم طبقاً للمادة ١١ مكرراً ثانياً دون إثبات الضرر بمعناه فى المادة السادسة فإن حكمها يكون قـــد أخطـــأ القانون .

وقضت محكمة النقض بأن جمع المطعون ضدها فى صحيفة دعواها بـــين طلبى الاعتراض على إنذار الطاعة لها بالعودة إلـــى منـــزل الزوجيـــة ، والتطليق للضرر مؤداه خضوع طلب التطليق للمادة السادسة من القـــانون ١٩٢٩/٢٥ . القضاء بعدم الاعتداد بإنذار الطاعة وبتطليق المطعون ضدها على الطاعن بعد اتخاذ التحكيم طبقاً للمادة ١١ مكرراً ثانياً مـــن القـــانون دون إثبات الضرر الموجب للتطليق طبقاً للمادة السادسة خطأ فى تطبيـــق القانون [١] .

٢) أن تكون المحكمة قد تدخلت – بين الزوجين – لإنهاء النزاع صـــلحاً باستمرار الزوجية وحسن العشرة ، هذا الإجراء يجب على المحكمة اتخاذه

---

[١] نقض رقم ٦٠/١٤٦ ق أحوال (١٩٩٢/١٢/٢٧) .

من تلقاء نفسها ، إذ نصت الفقرة الأخيرة من المادة ثانياً ١١ مكرراً ثانياً " وعلى المحكمة عند نظر الاعتراض أو بناء على طلب أحد الطرفين – التدخل إنهاء بينهما صلحاً باستمرار الزوجية وحسن المعاشرة " وهذا يدل على أن المشرع قد أوجب على المحكمة – عند نظر دعوى اعتراض الزوجة على إعلان الزوج لها بالدخول فى طاعته ، وقبل أن تفصل فى موضوع الاعتراض – أن تتدخل من تلقاء نفسها ، أو بناء على طلب أحد الزوجين لإنهاء النزاع بينهما صلحاً باستمرار الحياة الزوجية وحسن المعاشرة ، وذلك بأية صورة ممكنة تراها المحكمة ، على ضوء أسباب الاعتراض ، ومن خلال هذا الحق المقرر قانوناً ، يكون للمحكمة أن تناقش أوجه الاعتراض ، وتعمل على إصلاح ما فسد منها ، وما يمكن إصلاحه أمامها ، بأن تأمر المخل بحسن المعاشرة بإصلاح ما أعوج منه ، وكف أذاه عن شريكه فى الحياة الزوجية ، ولا يكفى لذلك مجرد عرض الصلح على الطرفين دون السعى له .

ويجب على المحكمة إثبات الدور الذى قامت به محضر الجلسة وفى أسباب الحكم الذى تصدره فى الاعتراض باعتبار أن هذا الإجراء – أى التدخل لإنهاء النزاع صلحاً – إجراء جوهرى أوجبه القانون ، ولصيق بالنظام العام ، وأن مخالفة ذلك يترتب عليه بطلان الحكم [١] .

هذا ويلاحظ أن استحكام الخلاف من مسائل الواقع الذى يخالطه قانون يتعين على قاضى الدعوى أن يستظهره ، ويقدره ، ويخضعه لسلطته التقديرية ، بشرط أن يقدم المسوغ لهذا التقدير ، حتى يمكن محكمة النقض من مراقبة هذا الاستظهار وكفاية التقدير .

---

[١]) نقض ٦٣/١٨١ ق أحوال .

ويلاحظ أيضاً أن استحكام الخلاف لا يكفى فيه أن يكون من طرف واحد ، أو يدعيه طرف واحد ، وإنما يتعين أن يكون من الزوج والزوجة ، لأن النص يقول " فإذا بان للمحكمة أن الخلاف مستحكم " بما مؤداه أن الخلاف متبادل . وتطبيقاً لذلك لا يأخذ القاضى فى اعتباره مجرد قول الزوجة إن الخلاف بينها وبين زوجها مستحكم ، فى حين أن الزوج يدعوها للعودة لمنزل الزوجة ، ما لم يكن فى الأوراق ، وظروف الدعوى ما يبين أن الخلاف قائم ومستحكم بينهما رغم قول الزوج بطلب عودة زوجته لمنزل الزوجية ، ولذلك يتعين على الزوجة أن تبين للقاضى سبب استحكام الخلاف بينها وبين زوجها ، وتقيم الدليل على ذلك حتى يمكن للقاضى تقديراً ما تدعيه فى هذا الشأن ، فلا يكفى قول الزوجة – المعترضة – إن الخلاف مستحكم بينها وبين زوجها ، وتسكت عند هذا الحد ، ولم يجد القاضى فى الأوراق ما يدعم ما تدعيه . فى هذه الحالة يتعين رفض طلب التطليق دون حاجة لاتخاذ إجراءات التحكيم ، لأن النص أوجب اتخاذ إجراءات التحكيم إذا بان للمحكمة أن الخلاف مستحكم .

٣) أن يثبت للمحكمة أن الخلاف مستحكم بين الزوجين ، إذ لا يكفى أن يكون الخلاف من طرف واحد ، أو أن يدعيه طرف واحد ، وإنما يتعين أن يكون أن يكون استحكام الخلاف من الزوجين ، لأن تعبير النص يدل على ذلك . قضت محكمة النقض بأن طلب التطليق من خلال الاعتراض على إنذار الطاعة شرطه أن تتبين المحكمة استحكام الخلاف بين الزوجين ، لأن هذا الطلب من خلال الاعتراض على دعوة الزوج لها لعودة لمنزل الزوجية ، له كيان خاص مستقل عن دعوة التطليق للضرر ، لاختلاف السبب فى كل منهما . وقالت فى حكم آخر بأن اختلاف السبب فى دعوى

التطليق للضرر طبقاً للمادة ٦ من القانون ١٩٢٩/٢٥ عنه في دعوى التطليق من خلال اعتراض الزوجة على دعوة زوجها لها للعودة إلى منزل الزوجية الذى تحكمه المادة ١١ مكرراً ثانياً من ذات القانون ، يجعل لكل من الدعويين كياناً مستقلاً عن الدعوى الأخرى ، وتنفرد كل منهما بإجراءاتها ، ولا يحول اللجوء إلى التحكيم في الدعوى الأولى (التطليق للضرر) دون اللجوء إليه في الدعوى الثانية متى توافرت شروطه [١] .

٤) أن يكون استحكام الخلاف بين الزوجين بسبب من أوجه الاعتراض بمعنى – أن يكون الزوج والزوجة قد استحكم الخلاف بينهما حول أحد أوجه الاعتراض الواردة بصحيفته – كالمسكن أو الأمانة أو إيذاء الزوج زوجته في هذا المسكن – أما إذا كان استحكام الخلاف لسبب بعيد عن أوجه الاعتراض – كالزواج بأخرى أو وجود عيب بالزوج أو الضرر المنصوص عليه بالمادة السادسة أو عدم الانفاق فإن طلب التطليق على الزوج لا يكون قائماً في دعوى الاعتراض ويتعين رفضه .

رفض دعوى التطليق للضرر وأثر في دعوى التطليق من خلال الاعتراض

إذا رفعت الزوجة دعوى التطليق على زوجها للضرر الذى تحكمه المادة السادسة من القانون رقم ١٩٢٩/٢٥ ورفضت دعواها ، فأن ذلك لا يمنع الزوجة أن ترفع دعوى بالتطليق من خلال اعتراضها على إعلانها بالعودة لمنزل الزوجية ، لأن كلا من الدعويين يقوم على سبب يغاير السبب الذى تقوم عليه الدعوى الأخرى ، وهو ما أكدته محكمة النقض بأنه إذا كانت الطاعنة قد طلبت في الدعوى الأولى التطليق على زوجها للضرر الذى

---

[١] طعن ٥٩/٢٠٥ ق أحوال س٤٢ ج١ ص٦٤٤ .

تحكمه المادة السادسة ، ثم طلبت بعد ذلك التطليق عليه من خلال اعتراضها على إعلانه لها بالعودة لطاعته فى منزل الزوجية الذى تحكمه الحادية عشر مكرراً ثانياً ، بما يكون معه السبب فى كل من الدعويين مغايير للسبب الذى تقوم الدعوى الأخرى ، ولا يكون للحكم الصادر فى الدعوى الأولى برفضها حجية مانعة من نظر الدعوى الثانية . وسبب ذلك أن الخلاف المستحكم الذى تقوم عليه الدعوى من خلال الاعتراض يختلف تماماً عن الضرر الذى لا يستطاع معه دوام العشرة بين الزوجين .

إذا تحقق الشروط السابقة اتخذت المحكمة إجراءات التحكيم الموضحة بالمواد من ٧ إلى ١١ من القانون ١٩٢٩/٢٥ . وقد أراد القانون بذلك تحقيق أمرين :

الأول : أن تتمهل الزوجة فى طلب التطليق على زوجها الذى يدعوها للعودة لمنزل الزوجية ، حتى لا تفصم عرى الزوجية – دون وجه حق – وتصل إلى أبغض الحلال إلى الله – وهو الطلاق ، وتنسى ما كان بينها وبين زوجها من ود ، ورحمة ، وإحسان ومعروف ومساكنة ، والله عز وجل يقول فى سورة البقرة " ولا تنسوا الفضل بينكم إن الله بما تعملون بصير " أى لا يخفى عليه شئ أمور خلقه وأحوالهم .

الثانى : أن تتمهل المحكمة – قبل الحكم بالتطليق – لمجرد أن يثبت أمامها استحكام الخلاف بين الزوجين ، عملاً بقوله تعالى " وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدا إصلاحاً يوفق الله بينهما إن الله كان عليماً خبيرا " . الأمر ببعث الحكمين يدل على أن دور المحكمة هو تعرف أسباب الشقاق بين الزوجين ، وبذل الجهد فى الإصلاح بينهما بأى طريقة ممكنة ، سواء كان ذلك بمعرفتها أو بمعرفة الحكمين ،

فهما من أهل الزوجين ما أمكن ، وهما أعرف ببواطن أحوالهما ، ويستطيع كل منهما أن ينفرد بقريبه من الزوجين ليتعرف على دخيلة نفسه من شريكه . وقد أقسم الله إن أرادا الإصلاح وفق بينهما " إن يريا إصلاحا يوفق الله بينهما "

إذا لم يكن الحكمان من أهل الزوجين ، فيكونا من غيرهم ممن لهم خبرة بحالهما ، وقدرة على الإصلاح بينهما . مع ملاحظة أن دور الحكمين فى الإصلاح يقوم على أساس من القانون ، إذ لا تستطيع المحكمة أن تقضى بالتطليق على الزوج - رغم ثبوت استحكام النفور أمامها - إلا بعد إجراءات التحكيم .

الحكم بالتطليق من خلال الاعتراض ، وأثره فى الاعتراض

إذا انتهت المحكمة باستحكام الخلاف بين الزوجين وقدم الحكمان تقريهما وثبت استحكام الخلاف ، وطلقت المحكمة على الزوج ، فإن علاقة الزوجية بينهما تنتهى عند هذا الحد ، ومن ثم لا محل للسير فى دعوى الاعتراض مما يتعين معه اعتبار الإعلان الموجه للزوجة كأن لم يكن ، وقد قضى بأن دعوى اعتراض الزوجة على إنذار الطاعة ، هى من دعاوى الزوجية حال قيامها ، فإذا طلبت الزوجة التطليق - سواء من خلال دعوى الاعتراض ، أو دعوى أخرى مستقلة - وقضى لها بطلبها بحكم نهائى ، فإن علاقة الزوجية بين الطرفين تكون قد انفصمت ، ويتعين فى هذه الحالة الحكم بعدم الاعتداد بإعلانها لعودة لمنزل الزوجية ، واعتباره كأن لم يكن ، إذ لا طاعة لمطلقة لمن طلقت عليه [1] .

---

[1]) نقض ٥٨/٤٢ ق .

تنازل الزوج عن إنذار الطاعة أثناء نظر الاعتراض

تنازل الزوج – أثناء نظر الاعتراض – عن إنذار زوجته للدخول فى طاعته ، وقد طلبت من خلال الاعتراض التطليق عليه ، هذا التنازل لا أثر له على طلب التطليق إذ يظل الطلب مطروحاً ، ويقضى فيه وحده – إما بالتطليق أو بالرفض – على ضوء ما تكشف عنه الأوراق ، إذ لا يؤثر فى حق الزوجة تنازل زوجها عن الإنذار ، ما دام طلبها قد أبدى بالطريق الذى رسمه القانون ، لأن الطاعة أو عدمها لا تمنع نظر الدعوى بالتطليق متى تمسكت الزوجة به .

هذا ويلاحظ أن دعوى التطليق أثناء نظر الاعتراض – بعد تنازل الزوج عن إنذار الطاعة – لا يمنع الزوجة أن تثبت عدم أمانته عليها ، أو إضراره بها ، هذا فضلاً عن أن من حقها أن تقيم طلب التطليق على سبب آخر غير استحكام الخلاف بينها وبين زوجها .

المبحث السادس

التطليق للغيبــة

غياب الزوج عن زوجته نوع من أنواع الضرر الذى يقع بهــا ، ووقــوع الضرر مخالف للقاعدة الأصولية فى الإسلام " لا ضرر ولا ضرار " وإنما معاشرة بالمعروف ، وإمساك بالإحسان ، وقال تعــالى " ولا تضــاروهن لتضيقوا عليهن " فمن استقام على ذلك مع زوجته فهو المسلم المقيم لحدود الله ، ومن خالف ذلك فليس من الإسلام فى شئ .

والضرر – الذى يقع على الزوجة – كما يكون بالفعل المــادى ، يكــون أيضاً بالوقوف منها موقفاً سلبياً ، يتنافر مع حسن العشرة ، ويــدعو إلــى الفتنة ، ولذلك نرى الفقهاء يقولون إذا كان هذا الغائب معــروف المكــان تعين الكتابة إليه ليحضر أو ترحل إليه امرأته ، لحقها فى أن تكون معه ، ولا يغيب عنها المدة التى تخاف على نفسها فيها الزنى .

موقف القانون من التطليق لغيبة الزوج

تدخل المشرع بالمادتين١٢ ، ١٣ من القانون ١٩٢٩/٢٥ ليضــع أحكامــاً خاصة بطلب الزوجة التطليق على زوجها لغيبته عنها – أو حبســه فقــد نصت المادة ١٢ منه على أنه :

" إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول ، جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضى تطليقها بائناً إذا تضررت من بعده عنها ، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه "

ماهية الضرر الواقع على الزوجة بسبب غياب الزوج

الضرر الواقع على الزوجة بسبب غياب زوجها عنها هو ضرر من نــوع آخر يختلف عن الضرر الذى نصت عليه المادة السادسة من القانون ، لأن

الزوجة كما تضرر من الإيذاء بالقول أو الفعل ، تتضرر أيضاً من غياب الزوج عنها . فقد يغيب الزوج عن زوجته مدة طويلة بلا عذر مقبول ، ثم لا هو يحملها إليه ، ولا هو يطلقها لتتخذ لها زوجها غيره ، ومقام الزوجة على هذه الحال زمناً طويلاً مع محافظتها على العفة والشرف أمر لا تتحمله الطبيعة فى الأعم الأغلب ، وإن ترك الزوج مالاً تستطيع الإنفاق منه . وضربت المذكرة الإيضاحية أمثلة للغيبة بعذر مقبول كطلب العلم ، أو التجارة ، أو لانقطاع المواصلات .

آراء الفقهاء فى التطليق للغيبة

أولاً : يرى الأحناف والشافعية عدم التفريق لغيبة الزوج عن زوجته طالت المدة أو قصرت ، لانعدام ما يصح أن يبنى عليه التطليق شرعاً . كما أنه لم يقم دليل شرعى يدل على أن غيبة الزوج سبب للتفريق بينه وبين زوجته ، والأصل بقاء الزواج حتى يقوم الدليل على جواز التطليق . والظاهرية يناصرون هذا الرأى قائلين بعدم جواز التفريق لغيبة الزوج سواء كانت الغيبة مما يصدق عليها اسم فقدان الزوج ، وسواء عرف مكانه أم لا . وإلى هذا يشير ابن حزم الظاهرى فى المحلى " ومن فقد فعرف أين موضعه أو لم يعرف ، فى حرب فقد أو فى سلم ، وله زوجة ، لم يفسخ بذلك نكاح امرأته أبداً ، وهى امرأته حتى يصح موته أو تموت هى "

ويرى أصحاب هذا الرأى أنه لا فسخ بغيبة . ولا فسخ ما دام الزوج موسراً وإن انقطع خبره .

ثانياً : المالكية والحنابلة يرون جواز التفريق لغيبة الزوج – إذا طالت الغيبة – وتضررت الزوجة سببها ، ولو ترك لها الزوج – الغائب – مالا

تنفق منه مدة غيبته لأن إقامة الزوجة بعيدة عن زوجها مدة طويلة مع محافظتها على الشرف والعفة أمر لا تتحمله الطبيعة البشرية فى الأعم الأغلب ، وهو ضرر بالغ يجب رفعه إذ لا ضرر ولا ضرار فى الإسلام ، وذلك بالتفريق بين الزوج الغائب ، وزوجته إن أبى أن يحضر إليها أو ينقلها إلى البلد الذى يقيم فيه .

اختلف أصحاب هذا الرأى فى الغيبة التى يجوز للزوجة طلب التفريق من أجلها وفى مدتها ، وفى وقت التفريق ، ووصف هذا التفريق .

المالكية أجازوا التفريق للغيبة مطلقاً ، ولم يفرقوا بين الغيبة لعذر كطلب العلم والتجارة ، والغيبة التى لا تكون بعذر . وجعلوا حد الغيبة سنة على القول الراجح عندهم . فقد جاء فى شرح الخطاب " وأعلم أن الغائبين عن أزواجهم خمسة ذكر القسم الرابع منهم ، وهو غائب خلف نفقة ، ولا شرط لامرأته عليه ، وهو مع ذلك معلوم المكان ، فهذا يكتب له السلطان أما أن يقدم ، أو ترحل امرأته إليه ، أو يفارقها وإلا طلق عليه " (جزء ٢ ص ١٥٦) . ويقول الدردير فى الشرح الكبير " لكن الغائب لابد من طول غيبته سنة فأكثر . ولابد من الكتابة إليه إما أن يحضر أو ترحل امرأته إليه أو يطلق ، فإن امتنع تلوم له بالاجتهاد ، وطلق عليه ، ولا يجوز التطليق بغير الكتابة إليه إن علم محله ، وأمكن الوصول إليه ، ولابد من خوفها على نفسها الزنى . ويعلم ذلك من جهتها ، لا بمجرد شهوتها للجماع " (جزء ٢ ص ٤٣١) . كما جاء فى حاشية الدسوقى " ولا يطلق من ترك الوطء لغيبة إلا إذا طالت مدة الغيبة ، وذلك كسنة فأكثر عند أبى الحسن وهو المعتمد . وقال ابن عرفة ، والسنتان والثلاث ليس بطول ، بل لابد من الزيادة عليها ، ولابد أن تخشى الزنا على نفسها ولا يعلم ذلك إلا

من جهتها ، وتصدق فى دعواها حيث طالت مدة الغيبة . أما مجرد شوتها للجماع فلا توجب طلاقها ، ويزاد على هذين الشرطين ثالث ، وهو الإرسال إليه إن علم محله ، وأمكن الوصول إليه ، وإلا فلا يشترط هذا الشرط . وهذا كله إن كانت نفقتها دائمة ، وإلا طلق عليه حالاً لعدم النفقة . والطلاق يكون بائناً لأن كل فرقة يوقعها القاضى تكون طلاقاً بائناً إلى الفرقة بسبب الإيلاء وعدم الإنفاق .

هذا ويلاحظ أن مذهب مالك لم يشترط فى الغياب المسوغ للتفريق أن يكون بغير عذر مقبول . والتفريق عند الغيبة طلاق بائن . وطبقاً لأحكام المذهب المالكى قضت المحكمة العليا بأبى ظبى بأن المقرر فى المذهب المالكى – الذى عليه العمل بالدولة – أن المفقود الذى انقطع خبره يعتبر حياً باستصحاب الحال الذى عليه قبل فقده إلى أن يتبين أمره بعودته حياً أو بموته أو باعتباره ميتاً وفقاً لضوابط أوردها الفقهاء فى المصادر الفقهية المختلفة . ونقل عن الإمام مالك أن لزوجة المفقود بدار الإسلام أن ترفع أمرها إلى القاضى فتؤجل أربع سنوات ، وذلك بعد البحث فى الأماكن التى يظن وجوده بها ، وبعد أن يكشف الحاكم عن أمره ولم يعلم خبره ، وتعتد الزوجة بعد ذلك كعدة الوفاة بأربعة أشهر وعشرة أيام ، فعن يحيى بن المسيب أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال " أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو فإنها تنتظر أربع سنين ثم تعتد بأربعة أشهر وعشرة أيام ثم تحل . وقال ابن وهب عن عبد الجبار بن شهاب إن عمر بن الخطاب ضرب للمفقود من يوم أن حضرت إليه امرأته أربع سنين ثم تصنع فى نفسها ما شاءت إذا انقطعت عدتها . واختلف الفقهاء فى بداية الأربع سنين هل تحتسب من يوم رفع الدعوى أو من يوم العجز عن خبر المفقود ، فقال

مالك يضرب الأجل من يوم الإياس ، وروى عن ابن عبد الحكم من يوم الرفع ، أما فى شأن أموال المفقود ، فينظر القاضى فيه ، فيجمعه ويوقفه لو كان بيد وارث أو غيره ، ويقيم عليه من يراه أهلاً لإدارته ، من ورثته أو من غيرهم ، ولا يبرأ غرماء المفقود من الأداء لورثته لأن ورثته لم يرثوه بعد ، ولا يقسم ميراثه إلا بعد ثبوت موته ، وألا يتعد بمدة التعمير ، وهى مدة من الزمن لا يعيش بعدها أقرانه ويسميها العرب " دقاقة الإعناق " . والتعمير عند المالكية مدة سبعون عاماً من يوم ولد ، واختار الشيخان محمد عبد الله بن أبى زيد وأبو الحسن على القابس ثمانين سنة ، وحكم بخمس وسبعين . والراجح القول الأول لأن متوسط أعمار الأمة بين الستين والسبعين . والعلة فى التفرقة فى اعتبار المفقود ميتاً فى شأن بقاء العصمة بالنسبة لامرأته من جهة ، وفى صدر أمواله وميراثه من جهة أخرى أن الصحابة أجازوا لمن فقد زوجها بعد أربع سنين أن تعتد عدة الوفاة وتتزوج غيره ، فاقتصر فى موضوع الفتوى فى الحكم ، وترك الأمر فى شأن الأموال إلى أصل القياس [1] .

الحنابلة لا يجيزون التطليق للغيبة إلا إذا كانت بدون عذر ، فإن كانت غيبة الزوج لعذر فلا يجوز التطليق بسببها . وجعلوا حد الغيبة ستة أشهر أخذاً من عمل عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، فقد روى أنه سأل ابنته حفصه أم المؤمنين " يا بنيه كم تصبر المرأة على زوجها ، فقالت سبحان الله ، مثلك يسأل مثلى ؟ فقال لولا أنى أريد النظر للمسلمين ما سألتك ، فقالت خمسة أو ستة أشهر ، فوقت للناس فى مغازيهم ستة أشهر . والفرقة بعدها فسخ وليس طلاقاً – عند الحنابلة – لأنها لم تصدر من الزوج .

---

[1]) طعن ١٦/١٠٠ ق شرعى اتحادية عليا ح ١٩٩٤/١٠/١ .

شروط الغيبة

١) أن تكون بلا عذر مقبول فى بلد آخر غير الذى تقيم فيه الزوجة . أما الغياب بعذر مقبول كطلب العلم والتجارة أو انقطاع المواصلات ، فلا تطليق . ولم يحدد الفقهاء الأعذار الشرعية على سبيل الحصر ، وإنما للقاضى أمر تقديرها ، إذا كان تقديره سائغاً .

٢) أن يكون حد الغيبة سنة فأكثر – كما هو مذهب مالك – والمارد بالسنة هنا السنة التى عدد أيامها ٣٦٥ يوماً (مادة ٢٣ من القانون) .

٣) أن تكون الغيبة سبباً فى تضرر الزوجة ، المالكية يقولون لابد من خوفها على نفسها الزنى ، وإن كان ذلك من جهتها ، ولا يكفى مجرد الشهوة للجماع . وقد اكتفى القانون بمجرد تضرر الزوجة من بعد زوجها عنها ، وحسبها أن تذكر ولا يطلب منها إقامة الدليل على هذا الضرر أو نوعه .

٤) أن تطلب الزوجة التطليق على زوجها الغائب .

والتفريق للغيبة يثبت فى الغياب المعلوم حاله ، وغير معلوم حاله ولو ترك الغائب لزوجته مالاً تنفق منه .

إذا كان الزوج الغائب يقيم فى البلد الذى تقيم فيه زوجته وتركها مدة تزيد عن سنة ، فإن تضررت من الغيبة هنا ، فإن الضرر يكون من النوع المنصوص عليه فى المادة السادسة ، لأنه هجر قصد به الأذى ، وهو ضرر يفرق بينهما لأجله . ولا يكون للزوجة أن تتمسك بالتطليق للغيبة عملاً بالمادة ١٢ .

وصف التطليق للغيبة

التطليق للغيبة يقع بائناً كما هو مذهب مالك ، ويطلق القاضى إذا تحققت شروط الغيبة ، ولو كان للزوج مال تنفق منه زوجته لأن سبب التطليق هو التضرر من الغياب وليس التضرر من عدم الإنفاق . ولم يشترط المالكية أن تكون الغيبة بقصد الإضرار بالزوجة ، فالزوج عندهم إذا كان دائم العبادة وترك زوجته ، ورفعته إلى القاضى يقال له إما أن تطأ امرأتك أو تطلقها أو يطلق عليك .

إذا طلبت الزوجة فى دعواها التطليق على زوجها " رجعياً " لغيبته عنها فإن القاضى لا يقضى إلا بالتطليق بائناً إذا تحققت غيبة الزوج ذلك أن :

١) الأصل عند المالكية أن كل طلاق يوقعه القاضى هو طلاق بائن – فقد جاء حاشية الدسوقى على الشرح الكبير " بانت بكل طلاق حكم به – القاضى – أو أنشأه لعيب أو أضرار أو نشوز ، أو فقد " فالطلاق يقع بائناً . أما إذا كان حكم القاضى بالطلاق للإيلاء أو العسر بالنفقة فإنه يقع رجعياً [١] استثناء من الأصل السابق عندهم .

٢) وصف الطلاق من عمل الشارع فإذا وصف التطليق بأنه بائن فلا يكون لإرادة الزوجين حق تغيير الوصف ، ويمتنع على القاضى أن يقضى بغير ما حدد الشارع ، فإذا جاءت صحيفة الدعوى منتهية بطلب التطليق للغيبة – وتحققت شروط الغيبة – ووصفت الزوجة التطليق بأنه رجعى . فعلى القاضى أن يحكم بالتطليق بائناً كما هو وصف الشارع وتحديده [٢] ولا يعتبر ذلك – من القاضى – قضاء بما لم يطلبه الخصوم ، لأننا أمام حق الشرع فى وصف الطلاق ، لأن القصد منه رفع الضرر عن الزوجة

---

[١]) جزء ٢ ص٣٥١ .

[٢]) راجع المادة ٥ من القانون .

، ولا يتحقق ذلك إلا إذا كان الطلاق الذى يوقعه القاضى فى حالة الغيبة يقع بائناً .

السنة المحددة بالنص هى السنة التى عدد أيامها ٣٦٥ يوماً (مادة ٢٣) وهى السنة الشمسية عند الأحناف ، وعندهم السنة القمرية عدد أيامها ٣٥٤ يوماً وبضع يوم ، والشمسية عدد أيامها ٣٦٥ يوماً وبضع يوم [1] .

قضى بأن التطليق للغيبة ولعدم الإنفاق لا يقوم أصلاً على رأى فى مذهب أبى حنيفة إذ لا يقر الأحناف التطليق لأى من هذين السببين وإنما يقوم هذا التطليق على رأى الأئمة الآخرين وهم الذين نقل عنهم المشرع عندما أجاز القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ التطليق لعدم الإنفاق أو للغيبة .

وقضى بأن المقصود بغيبة الزوج عن زوجته فى حكم المادة ١٢ من المرسوم بقانون رق ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أن تكون الغيبة لإقامة الزوج فى بلد آخر غير البلد الذى تقيم فيه زوجته . أما الغيبة كسبب من أسباب الضرر الذى يبيح التطليق طبقاً للمادة السادسة من هذا القانون – وعلى ما أفصحت به المذكرة الإيضاحية – هى غيبة الزوج عن بيت الزوجية مع إقامته فى البلد الذى تقيم فيه زوجته ويكون الضرر فى هذه الحالة هجراً قصد به الأذى فيفرق بينهما لأجله .

وقضى بأنه إذا غاب الزوج عن زوجته إلى بلد قريب أو بعيد معلوم أو غير معلوم بلا عذر شرعى سنة فأكثر ، وتضررت الزوجة من ذلك جاز لها أن تطلب التطليق عليه ، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق [2] . كما قضى بأن نص المادة ١٢ من المرسوم بقانون يدل على أن المشرع أجاز للزوجة إذا ادعت على زوجها غيابه عنها سنة فأكثر ، وتضررت فعلاً من

[1]) ابن عابدين جزء ٢ ص٦١١ .
[2]) مبادئ القضاء فى الأحوال الشخصية للمؤلف ص٣٢٧ وما بعدها .

بعده عنها هذه المدة الطويلة أن تطلب التطليق بسبب هذا الضرر ، ويقع تطليق القاضى طلقة بائنة لأن سببها الضرر ، فكانت كالفرقة بسبب مضارة الزوج . وشرط النص لذلك توافر أمرين : **أولهما** : أن تكون غيبة الزوج المدة المشار إليها فى بلد آخر غير البلد الذى تقيم فيه الزوجة . **والثانى** : ان تكون غيبة الزوج بعذر غير مقبول . وتقدير العذر أمر متروك لقاضى الموضوع طالما كان استخلاصه سائغاً [1] .

رفض طلب التطليق لغيبة الزوج طبقاً لحكم المادة ١٢ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ لا يشترط فيه عرض الصلح على الطرفين – على نحو ما تطلبته المادة السادسة من ذات القانون [2] .

الغائب إذا أمكن وصول الرسالة إليه

نصت المادة ١٣ من القانون ١٩٢٩/٢٥ على أنه :

" إذا أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب له القاضى أجلاً واعذر إليه بأنه يطلقها إن لم يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها .

فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يبد عذراً مقبولاً فرق القاضى بينهما بتطليقه بائنة .

وإن لم يمكن وصول الرسائل إلى الغائب طلقها القاضى عليه بلا إعذار وضر أجل .

***

الغيبة فى المادة ١٢ ، ١٣ من القانون تعنى إقامة الزوج فى بلد آخر غير البلد الذى تقيم فيه زوجته ، أما إذا كان مقيماً فى البلد الذى تقيم زوجته فيه ، وتركها مدة السنة أو أكثر منها ، فإن التفريق – فى هذه الحالة – يكون

---

[1] نقض ٥٢/٧٨ ق جلسة ١٩٨٦/١١/٢٥ .
[2] الحكم السابق .

الضرر فيه – هجراً – قصد به الإيذاء ، فيفرق بينهما لأجله عملاً بالمادة السادسة من القانون .

الغائب نوعان

١) غائب معلوم الإقامة ، ويمكن وصول الرسائل إليه . هذا الغائب يضرب له القاضى أجلاً ، ويعذر إليه ، بأنه يطلق عليه زوجته إن لم يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه ، أو يطلقها . فإذا انقضى الأجل دون أن ينقل الزوج زوجته إليه ، أو يبدى عذراً مقبولاً لغيابه ، فرق القاضى بينهما .

الغائب معلوم الإقامة لابد من الكتابة إليه ، ولا يجوز التطليق عليه بغير كتابة وإلا وقع الحكم باطلاً . والكتابة للغائب تكون بأن يختار أمراً من ثلاثة :

أ) أن يحضر للإقامة مع زوجته .

ب) أن ينقلها إليه فى البلد الذى هو مقيم فيه .

ج) أن يطلقها .

فإذا اختار الزوج أحد هذه الخيارات الثلاث فلا طلاق عليه من القاضى ، أما إذا لم يختار أحداً منها ولم يرد خلال الأجل طلق عليه القاضى – بشرط أن يتحقق من وصول كتابه إليه .

٢) غائب غير معلوم الإقامة – أو معلومها – ولا يمكن وصول الرسائل إليه ، فى هذه الحالة يطلق عليه القاضى بلا أعذار ولا ضرب أجل .

هذا ويلاحظ أنه لا يعتد – فى هذا المقام – إلا برسائل القاضى إلى الغائب ، والأجل الذى يضربه القاضى له أثناء نظر دعوى التطليق " للغيبة " فإذا كانت الزوجة – أو غيرها – قد كتبت لزوجها الغائب أن يحضر إليها او

ينقلها إليه أو يطلقها ، وضربت له آجلاً ، فإن هذه الكتابة – منها – لا يكون لها أثر أمام القاضى الذى ينظر دعوى التطليق للغيبة ، ولا تغنى عن كتابة القاضى للغائب ، وضرب الأجل له . وقد قضى بأن نص المادة ١٣ يدل على أن المشرع أوجب على القاضى أن يضرب أجلاً للزوج الغائب إن أمكن وصول الرسائل إليه ، ويكتب له يعذره بأنه يطلق زوجته عليه إن لم يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها وهذا الإعذار قصد به حث الزوج الغائب على العودة للإقامة مع زوجته أو ينقلها إليه بجهة إقامته بحيث إذا اختار أحد هذه الخيارات الثلاثة انتفى موجب التطليق – أى لا طلاق عليه من القاضى (١) .

تطليق القاضى فى حالة الغيبة تطليق بائن . فقد قضى بأن مؤدى نصوص المواد ١٢ ، ١٣ ، ٢٣ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أن المشرع أجاز للزوجة إذا غاب عنها زوجها سنة عدتها ٣٦٥ يوماً فأكثر وتضررت فعلاً من بعده عنها هذه المدة الطويلة ، أن تطلب الطلاق بسبب هذا الضرر ، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه ، والطلقة هنا بائنة لأن سببها الضرر ، فكانت كالفرقة بسبب مضارة الزوج ، وشرط ذلك توافر أمرين أولهما أن تكون غيبة الزوج المدة المشار إليها فى بلد آخر غير البلد الذى تقيم فيه الزوجة ، أما إذا كانا يقطنان بلداً واحداً ، وترك الزوج زوجته فيعتبر ذلك منه هجراً لها يجيز التطليق وفق المادة السادسة من القانون . ثانيهما أن تكون غيبة الزوج بغير عذر مقبول . وتقدير العذر أمر متروك لقاضى الدعوى طالما كان استخلاصه سائغاً . وخول المشرع القاضى التطليق لهذا السبب من غير إعذار أو ضرب أجل إن كان الزوج الغائب غير

---

(١) نقض ٥٨/٢٦ ق جلسة ١٩٩٠/١/١٦ .

معلوم محل إقامته ، أو معلوم ولا سبيل إلى مراسـلته ، أمـا أن أمكـن وصول الرسائل إليه فيحدد القاضى له أجلاً يحضر فيه للإقامـة معهـا أو ينقلها إليه أو يطلقها ، وأنه وإن ضربت المذكرة الإيضاحية الأمثال علـى العذر المقبول بأنه طلب العلم أو التجارة أو لانقطاع المواصـلات إلا أن المناط فى اعتباره كذلك ، هو ألا يقصد الأذى بحيث يتبين ثبوت أن الزوج لا يستطيع – نظراً لظروفه – نقل زوجته إليه إلى حيث يطلـب العلـم أو يمارس تجارته ، وتقدير توافر الغيبة والهجر المتعمد يخضع لتقدير قاضى الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض متى كان استخلاصه سـائغاً له أصله الثابت فى الأوراق [1] .

---

[1]) نقض ٤٨/٢٤ ق س ٣٠ ص ٦٣٠ .

المبحث السابع
التطليق لحبس الزوج

الفقهاء يقولون بالتطليق للضرر الذى يقع على الزوجة ، وهذا الضرر له صور متعددة ، وهذه الصور إذا لحق للزوجة ضرر من أيها كان لها أن تطلب من القاضى تطليقها على زوجها ، وحبس الزوج ، وبعده لهذا السبب عنها ، مبرر لطلبها التطليق إذا تضررت من هذا البعد .

ولا يعرف تضرر الزوجة من بعد زوجها عنها ، إلا من جهتها ، ولا تسأل عن هذا الضرر ، فقد تخشى الفتنة ، وقد يكون فى حاجة إلى زوجها ولا تطيق البعد عنه ، ولذلك أجاز الفقهاء لها طلب التطليق للأخذ بناصرها فى ضرر وقع بها ولا حيلة لها فى دفعه عنها .

موقف القانون من زوجة المحبوس

نص القانون ١٩٢٩/٢٥ فى مادته الرابعة عشر على أنه " لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائياً بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فأكثر أن تطلب إلى القاضى – بعد مضى سنة من حبسه – التطليق عليه بائناً للضرر ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه .

***

حكمة النص – ومصدره

قد يقترف الزوج من الجرائم ما يستحق عليه عقوبة السجن الطويلة . فتقع زوجته فى مثل ما تقع فيه زوجة الغائب ، وليس فى أحكام مذهب أبى حنيفة ما تعالج به هذه الحالة ، ومعالجتها واجب اجتماعى محتم . ومذهب الإمام مالك يجيز التطليق على الغائب (المادتين ١٢ ، ١٣ من القانون) . والزوج الذى يحكم عليه نهائياً بالسجن ثلاث سنوات فأكثر يساوى الغائب

الذى طالت غيبته سنة فأكثر متى تضررت زوجته من بعده عنها ، كما يساوى الأسير فى ذلك ، فيجوز لزوجته طلب التطليق عليه بعد سنة من سجنه إذا تضررت من بعده عنها كزوجة الغائب والأسير ، لأن المناط فى ذلك تضرر الزوجة من بعد زوجا عنها ، ولا دخل لكون البعد باختياره أو قهراً عنه ، بدليل النص على أن لزوجة الأسير حق طلب التطليق إذا تضررت من بعد زوجها عنها .

قاس واضعو القانون حالة الحبس على حالة الغياب . لأنه غياب وفى أكثر الأحوال لا يكون في البلد الذى تقيم فيه الزوجة ، ولـذا اشترط النص التطليق للحبس ما يأتى :

أولاً : أن يصدر حكم نهائى بعقوبة مقيدة لحرية . ويعتبر الحكم نهائياً إذا لم يكن من الممكن إعادة نظر الدعوى من جديد بالطرق التى نص عليها القانون وهو يكون كذلك فى الأحوال الآتية :

١) إذا لم يكن قابلاً للطعن فيه بحسب طبيعته .

٢) إذا كان قد استنفد كل طرق الطعن فيه الجائزة قانوناً .

٣) إذا فاتت المواعيد المقررة للطعن دون الطعن فيه [١] .

كون العقوبة مقيدة للحرية يقتضى بيان أن العقوبات الماسة بالحرية نوعان :

أ) عقوبات سالبة للحرية وهى التى تحرم المحكوم عليه من حريته إطلاقاً بإلزامه بالإقامة فى مكان معين ، والخضوع فيه لبرنامج يومى إلزامى ، وهى الأشغال الشاقة بنوعيها • المؤبدة والمؤقتة – والسجن والحبس .

---

[١]) قانون الإجراءات الجنائية للدكتور مأمون سلامة .

ب) عقوبات مقيدة للحرية وهى التى تقتصر على فرض قيود على حرية الشخص أو إلزامه بإجراءات عند استعمالها .

وصف العقوبة بأنها مقيدة للحرية (بالنص) قصد به العقوبة السالبة لها ، أى التى تحرم المحكوم عليه من حريته إطلاقاً ، وتفرض عليه الإقامة فى مكان تنفيذ مدة العقوبة ، وقد أفصح النص عن ذلك بأن حدد مدة العقوبة بثلاث سنوات فأكثر .

ثانياً : أن تكون مدة العقوبة المقضى بها ثلاث سنين فأكثر ، حتى تكون الزوجة يائسة من عودة قريبة ، فيستحكم الضرر إن بقيت بدون زوجها إلى نهاية مدة العقوبة .

ثالثاً : أن ينفذ الحكم على الزوج ، وتمضى سنة على الأقل من تاريخ التنفيذ بالحبس ، قبل رفع الدعوى بالتطليق .

التفريق بين المحبوس وزوجته منصوص عليه فى فتاوى ابن تيميه الحنبلى ، فقد جاء فى باب عشرة النساء ما نصه " القول فى امرأة الأسير والمحبوس وغيرهما ممن تعذر انتفاع امرأته به ، إذا طلبت فرقته كالقول فى امرأة المفقود " ولذلك ما كان ثمة حاجة لقياس المحبوس على الغائب بل يؤخذ من مذهب الحنابلة .

الإفراج عن الزوج أثناء نظر دعوى التطليق

الإفراج عن المتهم هو إطلاق سراح المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية قبل انقضاء كل مدة العقوبة . وهذا الإفراج يكون مقيداً بشروط تتمثل فى التزامات تفرض على المحكوم عليه وتقيد حريته ، ولذلك سمى بالإفراج الشرطى ، إذ يعنى استبدال تقييد حرية بسلبها ، وهو افراج غير نهائى ،

ويجوز الرجوع فيه (١) فإذا أفرج عن الزوج المحبوس بعد إقامة دعوى التطليق وأثناء نظرها – وقبل الحكم فيها – فماذا يكون الحكم ؟

يرى البعض أن الإفراج عن الزوج المحبوس لا يمنع من السير في الدعوى والقضاء فيها بالتطليق . إذا تحققت شروط المادة ١٤ ، وذلك لأن المشرع افترض تحقق الضرر من حبس الزوج مدة ثلاث سنوات فأكثر ، وأوجب التطليق من أجل ذلك – إذا طلبت الزوجة – ولو كان للزوج المحبوس مال تستطيع الإنفاق منه . فاعتبر المشرع الحبس قرينة على تحقق الضرر للزوجة ولا يجوز إثبات عكسها ، ولا ينافى تحقق الضرر حصول الإفراج عن الزوج المحبوس قبل انتهاء مدة العقوبة بأى سبب من الأسباب إذ التطليق واجب كما سلف القول ، عند تحقق شروط المادة ١٤ من القانون (٣) .

ونرى أن الرأى السابق محل نظر ذلك أن المذكرة الإيضاحية للمادة عبرت بأن المناط " تضرر الزوجة من بعد الزوج عنها " والمفهوم أنها تتضرر من بعده عنها مدة العقوبة المقررة بالنص ، أو المقضى بها إذا جاوزت ثلاث سنين وبات الحكم فيها نهائياً . أما مدة السنة التى تطلب بعدها الزوجة التطليق فهى مدة قبول لدعواها . وتوافر شروط المادة ١٤ . ورفع الدعوى ليس قرينة على تحقق الضرر المقصود من النص ، ولذلك يتعين على القاضى – بعد التحقق من شرط قبول الدعوى – أن يبحث أولاً عن الحكم الصادر ضد الزوج بعقوبة مقيدة لحريته مدة ثلاث سنين أو اكثر . وأن يكون الزوج مسلوب الحرية فعلاً – أى ينفذ العقوبة – وقت بحث القاضى لهذا الشرط . فإذا بحث القاضى ذلك وتبين أن الزوج المدعى عليه

---

(١) شرح قانون العقوبات للدكتور محمد نجيب حسنى .

غير مقيد الحرية – بسبب مشروع كالإفراج عنه – بل ومثل أمام القاضى انتفى المناط – وهو تضرر الزوجة من بعد الزوج عنها – وانهارت القرينة ، وتعين رفض الدعوى . ونقول بالرفض لأن الدعوى رفعت بعد تحقق شرط قبولها – وهو مرور سنة على تنفيذ العقوبة – والرفض وارد على موضوع الطلب لانتفاء الضرر .

اعتقال الزوج ومدى حق الزوجة فى طلب التطليق

الاعتقال الذى يقع على الزوج ، هل يقاس على الحبس تنفيذاً لعقوبة محكوم بها طبقاً للمادة ١٤ ؟ قضت بعض المحاكم بتطليق زوجة المعتقل الذى زادت مدة اعتقاله على ثلاث سنين استناداً إلى العلة التى دعت الشارع إلى طلاق زوجة الغائب أو زوجة المحبوس ، وهى حماية الزوجة من الضرر ، وذلك بالنسبة للزوجة التى بعد عنها زوجها مدة طويلة تزيد على سنة أياً كان السبب الذى أدى إلى بعده وجعل من هذا البعد قرينة على تحقق الضرر ووقوعه ، وهى قرينة غير قابلة لإثبات العكس ، وطبقت المحاكم المادتين ١٢ ، ١٤ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

هناك رأى بأن القضاء السابق خاطئ ومخالف للقانون ، إذ أقيم على دعامتين هما غيبة الزوج (مادة ١٢) وحبسه (مادة ١٤) وهما دعامتان غير سليمتين بالنسبة للمعتقل إذ المعتقل لم يغب عن زوجته – وإنما أبعد عنها ، ولا حيلة له فى هذا الإبعاد ، لأنه أمر خارج عن إرادته ، ولا دخل له فيه ، فغيابه كان بعذر مقبول – مما يمنع تطبيق المادة ١٢ – والاعتقال ليس غياباً فى حكم هذه المادة بدليل ما ورد فى المادة ١٣ من أنه إن أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب له القاضى أجلاً وأعذر إليه بأن يطلقها إن لم يحضر للإقامة مع زوجته ، كما لم يكن فى مكنته أن ينقلها معه وهو

معتقل – هذا مع إمكان وصول الرسائل إليه ، والمادتـــان متلازمتـــان ، وتلازمهما يفيد عدم اعتبار المعتقل غائباً . والمادة ١٤ جاءت مقيدة بقيود يجب مراعاتها والتمسك بها ولا يجوز القياس عليها والتزيد في تطبيقهـــا سيما إذا روعى أن مذهب الحنفية ليس به نص على طلاق الغائب وقد أخذ حكم المادة ١٤ من مذهب المالكية ، ولكن ليس معنى هذا أن يباح تطبيـــق مذهب مالك بكل ما فيه ، وجميع ما جاء به وإنما يقتصر على مورد النص ، وجاء به الحكم الموضوعى والمعتقل لم يحكم عليه (طبقاً للمـــادة ١٤) كما أن أمر الاعتقال لم يحدد فيه مدة ما . فيكون من الممكن الإفراج عـــن الزوج فى أى وقت ، والمشرع أعطى لزوجة المحكوم عليه نهائياً بعقوبة مقيدة للحرية ثلاث سنين فأكثر الحق فى طلب التطليق عليه لأنه يكون أمام عينيها . وفى طلب التفريق بعد مضى سنة علـــى حبســـه حتـــى يتحقـــق الانسجام بين المادتين ١٢ ، ١٤ من القانون . ولهـــذا كلـــه لا يمكـــن أن تنطوى حالة اعتقال الزوج بأمر السلطات الإدارية تحت حكم المادة ١٤ . والقول بأن الحكمة التى أجيز التطليق من أجلها فـــى المـــادتين ١٢ ، ١٤ متحققة فى حالة زوجة المعتقل – ومن القواعد الأصولية أنه لا اجتهاد مع النص سيما إذا كان النص واضحاً – لأن المناط هو الضرر ، وقد تحقـــق الضرر – هذا القول اجتهاد فى مقابلة النص ، والنص صريح لا يحتمـــل التأويل [1] .

نص مشرع قانـــون الأحـــوال الشخصية الموحـــد فى مادته ١٣٢ علـــى أن " الأسير والمعتقل كالغائب بعذر لا يجوز لزوجة كـــل منهمـــا طلـــب التفريق "

[1]) ق ١٦٧/١٩٦٣ مستأنف أحوال القاهرة .

وجاء بالمذكرة الإيضاحية أن اعتبار الأسر والاعتقال من الأعذار التى تمنع التفريق ، لأن الزوج الأسير أو المعتقل لم يقصد ضرر الزوجة ولم يكن سبباً فيه ، ومأخذ هذا من فقه المالكية .

وقضت المحكمة الاتحادية العليا بدولة الإمارات العربية المتحدة أن دعوى تطليق زوجة المحبوس تقوم أساساً على تضرر الزوجة من بعد زوجها عنها ، وخشيتها على نفسها الفتنة والوقوع فى المعصية ، ولذلك فإن تحقق الضرر فى هذه الحالة يخضع لسلطة قاضى الموضوع ، إلا أن ذلك التقدير يجب أن يكون مبيناً على أسباب سائغة تكفى لحمل قضائه وألا يكون مجافية أو مصادمة لأحكام الشريعة الثابتة المستقرة . فإذا كان الحكم قد قاس حال زوجة السجين على زوجة الأسير والغائب ولم يأخذ فى الاعتبار ما بقى للمسجون من فترة سجنه ، لأن المقصود من الضرر الذى تشكو منه الزوجة والذى تخشى بسببه الفتنة هو الضرر المستقبلى ، والمحكمة لم تراع ذلك فقد حكمت بالتطليق رغم أن الثابت بالأوراق أنه لم يبق للمسجون سوى شهرين وأنه إذا كانت الزوجة تخشى على نفسها الفتنة وتريد أن تتزوج ، فإن الفترة التى بقيت لزوجها ليخرج من السجن بعد الحكم بالتطليق لا تكفى لعدتها . يضاف إلى ذلك أن الغائب الذى قاس عليه الحكم لابد أن تطول غيبته السنة أو الثلاث سنوات على الخلاف فى ذلك ، وأن يكون قد غاب باختياره ، ولا يوجد عذر يمنعه من العودة إلى زوجته ، ويتلوم له بعد ذلك بالسنة والسنتين ، وإذ كان ما تقدم وكانت المحكمة قد حكمت بالتطليق دون أم تبحث فيما بقى السجين من مدة سجنه الذى يمكن أن يمثل ضرراً لزوجته ، بل قضت بالتطليق ولم يبق له إلا شهرين ،

وهذا لم يقل به أحد من الفقهاء ، مما يعتبر معه الحكم قــد جــاء مخالفــاً لأحكام الفقه الإسلامى ومبنياً على أسباب غير سائغة مما يتعين نقضه (1) .

---

(1) طعن رقم ١٥/١٩ ق (شرعى) جلسة ١٩٩٤/٢/٢٦ الاتحادية العليا بأبى ظبى .

المبحث الثامن

المفقــــــود

نصت المادتان ٢١ ، ٢٢ من القانون ١٩٢٩/٢٥ الخاص ببعض أحكــام الأحوال الشخصية المعدل بالقانون ١٩٨٥/١٠٠ والقانون ١٩٩٢/٣٣ على أحكام المفقود .

المادة ٢١ يحكم بموت المفقود الذى يغلب عليه الهلاك بعد أربع ســنوات من تاريخ فقده "

" يعتبر المفقود ميتاً بعد مضى سنة من تاريخ فقده فى حالة ما إذا ثبت أنه كان على ظهر سفينة غرقت ، أو كان فى طائرة سقطت أو كان من أفراد القوات المسلحة وفقد أثناء العمليات الحربية "

" ويصدر رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع – بحسب الأحوال ، وبعد التحرى واستظهار القرائن التى يغلب معهــا الهــلاك ، قــرارا بأســماء المفقودين الذين اعتبروا أمواتاً فى الفقرة السابقة ، ويقوم هذا القرار مقــام الحكم بموت المفقود .

وفى الأحوال الأخرى يفوض تحديد المدة التى يحكم بموت المفقود بعــدها إلى القاضى على ألا تقل عن أربع سنوات ، وذلك بعد التحرى عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة إن كان حياً أو ميتاً "

المادة ٢٢ عند الحكم بموت المفقود أو نشر قرار رئيس مجلس الوزراء أو قرار وزير الدفاع باعتباره ميتاً على الوجه المبين فى المادة السابقة تعتــد زوجته عدة الوفاة ، وتقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت صدور الحكم أو نشر القرار فى الجريدة الرسمية ، كما تترتب كافة الآثار الأخرى .

ونصت المادة الثامنة من القانون ١٩٢٠/٢٥ الخاص بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية على أنه :

" إذا جاء المفقود أو لم يجئ ، وتبين أنه حى ، فزوجته له ، ما لم يتمتع الثانى بها غير عالم بحياة الأول ، فإن تمتع بها الثانى غير عالم بحياته للثانى ، ما لم يكن عقده فى عدة وفاة الأول "

المفقود لغة من فقد الشئ يفقده فقدا وفقدانا . واصطلاحا غائب غيبة منقطعة ، لم يدر ، أحى هو أم ميت . ويعرف الأحناف المفقود " اسم لشخص غاب عن بلده ، ولا يعرف خبره هل هو حى أم ميت [1] . وقال فى الفتاوى الهندية " المفقود هو الذى غاب عن أهله أو بلده أو أسره العدو ، ولا يدرى أهو حى أو ميت ، ولا يعلم له مكان ، ومضى على ذلك زمان . فالمفقود متردد الحال بين الحياة والموت كالجنين فى المبسوط ، والكاسانى يقول فى بدائعه " أنه حى فى خق نفسه ، ميت فى حق غيره ، بمعنى أنه يجرى عليه أحكام الأحياء فيما كان له فلا يورث ماله ولا تبين امرأته كأنه حىٌّ حقيقة ، وتجرى عليه أحكام الأموزات فيما لم يكن له ، فلا يرث أحداً كأنه ميت حقيقة .

يقول السرخس فى المبسوط " وتفسير المفقود – الرجل يخرج فى سفر ، ولا يعرف موته ولا حياته ولا موضعه ، ولا يأسره العدو ، ولا يتبين موته ولا قتله ، ولا يقضى القاضى فى شئ من أمره حتى تقوم البينة على انه مات أو قتل ، وتستحق زوجته النفقة عليه لأن حياته معلومة ، لأن استحقاقها النفقة قائم بالعقد أو بكونها محبوسة بحقه .

---

[1]) البدائع للكاسانى ج ٨ ص٣٤ .

يلاحظ أن الأحناف يشترطون البينة على موت المفقود أو قتله ، حتى يقضى القاضى فى أمره بينما تنص المادة ٢١ على أن " يحكم بموت المفقود الذى يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنين من تاريخ فقده " . فهذا النص لن يشترط للحكم بموت المفقود سوى شرطان :

١) أن يثبت أمام القاضى غلبة الهلاك على المفقود .

٢) مرور أربع سنوات على تاريخ فقده .

ولهذا يتعين للقاضى غلبه الهلاك على المفقود باعتبار أن ذلك من الواقع الذى يطمئن إليه من واقع أوراق الدعوى أو البينة ، ولا يكفى للحكم بموت المفقود مجرد غيبته أربع سنوات .

حكم المفقود فى الشرع

المفقود حى فى حق نفسه حتى لا يقسم ماله بين ورثته ، ميت فى حق غيره حتى لا يرث هو إذا مات أحد من أقربائه ، وسبب ذلك أن ثبوت حياة المفقود إنما جاء باستصحاب الحال ، فإنه يعلم حياته فيستصحب ذلك ، ما لم يظهر خلافه . واستصحاب الحال معتبر فى إبقاء ما كان على ما كان ، غير معتبر فى إثبات ما لم يكن ثابتاً . وفى الامتناع من قسمة ماله بين ورثته إبقاء ما كان على ما كان . وفى توريث المفقود من الغير إثبات أمر لم يكن ثابتاً له ، ولأن حياة المفقود باعتبار الظاهر ، والظاهر حجة لدفع الاستحقاق ، وليس بحجة للاستحقاق ، فلا يستحق به ميراث غيره ، ويندفع به استحقاق ورثته لما له بهذا الظاهر (المبسوط جزء١١ ص٣٤)

الأصل أن المفقود يجعل حيا فى حق نفسه حتى لا يقسم ماله بين ورثته ، ولا يقسم هذا المال بين ورثته ما لم يعلم موته ، والمفقود ميت فى حق غيره لا يعطى له ميراث أحد من قرابته إذا مات قبل أن تبين حاله .

ولكن يوقف نصيب المفقود لأن حياته كانت معلومة ، وما علم ثبوته فالأصل بقاؤه . إلا أن الحكم بحياة المفقود يكون باعتبار استصحاب الحال فإن علم حياته فيستصحب ذلك ما لم يظهر خلافه ، واستصحاب الحال معتبر فى إبقاء ما كان على ما كان . وغيره معتبر فى إثبات ما لم يكن ثابتاً ، لأن ثبوت الحكم بحياة المفقود إنما يكون لانعدام الدليل المزيل لهذه الحياة لا لوجود الدليل النافى لها ، ولهذا يكون المفقود حياً فى بقاء ماله على ما كان وفى الامتناع عن تقسيم ماله بين ورثته إبقاء ما كان على ما كان ، أم بالنسبة لمال غيره ، فلا تثبت حياته ، لأن توريثه من الغير إثبات أمر لم يكن ثابتاً له ولأن حياته باعتبار الظاهر ، والظاهر حجة لدفع الاستحقاق وليس بحجة للاستحقاق فلا يستحق به ميراث غيره ، ويندفع به استحقاق وريثه لماله بهذا الظاهر .

زوجة المفقود وطلب التطليق

اختلف الفقهاء بالنسبة لطلب زوجة المفقود فمنهم من قال لا يجوز لها طلب التطليق عليه ، ومنهم من قال يجوز لها ذلك .

أ) يقول الأحناف بعدم جواز التفريق بين المفقود وزوجته ، لأنهم يعتبرونه حياً فى حق نفسه / وميتاً فى حق غيره ، بمعنى أنه جرى عليه أحكام الأحياء ، فيما كان له ، فلا يورث ماله ولا تبين امرأته كأنه حى حقيقة " فحاله غير معلوم فيتحمل أنه حى ، ويحتمل أنه ميت ، وهذا يمنع التوارث والبينونة – أى لا يفرق بينه وبين زوجته – لأنه إن كان حياً يرث أقاربه ، ولا يرثونه ، ولا تبين امرأته ، وإن كان ميتاً لا يرث أقاربه ويرثونه ، والإرث من الجانبين أمر لم يكن ثابتاً بيقين ، فوقع الشك فى ثبوته ، فلا يثبت بالشك والاحتمال ، وكذلك البينونة ، أى الفرقة بين الزوجين تفريق

القاضى بينهما ، على المعهود فى الثابت بيقين لا يزول بالشك ، وغير الثابت بيقين لا يثبت بالشك [1] .

ويبين صاحب الفتاوى الهندية أن حكم المفقود أنه حى فى حق نفسه لا تتزوج امرأته ... وهو ميت فى حق غيره لا يرث من مات حال غيبته . وإلى هذا ذهب الشافعية لأن فقدان الزوج - أو غيبته - ليس من أسباب الفرقة بين الزوجين .

ب) يفرق المالكية فى شأن زوجة المفقود إلى خمسة أحوال :

١) مفقود فى بلاد الإسلام - فى غير زمن الوباء . زوجة هذا المفقود عليها أن ترضى بالمقام معه إبقاء للرابطة الزوجية فيما بينها وبين زوجها حتى يتبين لها حال زوجها من جهة حياته أو موته . ويجوز لها أن ترفع أمرها إلى القاضى للتحرى عن الزوج الغائب بالطرق المعروفة -، فإن عجز عن الوصول إلى أمر هذا الغائب ضرب القاضى له أجلاً من تاريخ عجز القاضى عن الحصول على خبر له . وعلى الزوجة أن تنتظر المدة التى ضربها القاضى لزوجها ، فإذا انقضت دخلت الزوجة فى عدة الوفاة ، دون حاجة إلى أمر هذا الغائب ضرب القاضى له أجلاً من تاريخ عجز القاضى عن الحصول على خبر له . وعلى الزوجة أن تنتظر المدة التى ضربها القاضى لزوجها ، فإذا انقضت دخلت الزوجة فى عدة الوفاة ، دون حاجة إلى أمر القاضى بذلك ، أو إذنها بالزواج من غيره . ولها أن لا تدخل فى العدة وتتمسك بزوجها . وليس لها نفقة عدة لأن شروعها فى العدة اعتراف بموته .

---

[1]) البدائع للكاسانى ج٦ ص١٩٦.

٢) مفقود فى بلاد الإسلام – فى زمن الوباء – زوجة هذا المفقود لها أن تعتد عدة الوفاة بعد انتهاء الوباء .

٣) مفقود فى قتال بين أهل الإسلام اشترك فيه الزوج – زوجة هذا المفقود تعتد بعد انفصال المتقاتلين بعضهم عن بعض . والمعتمد عند مالك أنها تعتد عدة الوفاة من يوم التقاء الجيشين للقتال متى شهد الشهود أنهم رأوا المفقود قد حضر صف القتال .

٤) مفقود فى غير بلاد الإسلام – زوجة هذا المفقود تبقى على ذمته إلى المدة التى يظن فيها بقاؤه فيها – قيل سبعون سنة وقيل ثمانون سنة وقيل بمدد أخرى .

٥) المفقود فى قتال بين المسلمين وغير المسلمين . زوجة هذا المفقود تعتد بعد سنة من نظر القاضى فى فقده والتحرى عنه .

ج) يفرق الحنابلة – فى شأن زوجة المفقود بين حالة الهلاك الظاهر وبين فقده فى حالة ظاهرها السلامة . ففى الحالة الأولى تتربص زوجته أربع سنين ثم تعتد عدة الوفاة – أما فى الحالة الثانية التى ظاهرها السلامة كمن سافر للتجارة وطلب العلم يقول الحنابلة " وأما من انقطع خبره لغيبة ظاهرها السلامة كسفر التاجر فى غير مهلكة والسفر لطلب العلم والسياحة والأسر عند من ليس عادته القتل وسفر الفرجة ونحوه فإن امرأة المفقود تتربص تسعين سنة من يوم ولد ، لأن الظاهر أنه لا يعيش أكثر منها . ثم تعتد عند الوفاة ثم تحل للأزواج [١] .

موقف القانون من المفقود وزوجته

أولاً : المفقود

---

[١]) المفصل فى إحكام المرأة للدكتور عبد الكريم زيدان ج ٨ ص٤٤١ وما بعدها .

بين نص المادة ٢١ سالف الذكر أن المفقود ثلاثة أنواع :

١) شخص يغلب عليه الهلاك ، وتحديد الهلاك هنا متروك تقديره لقاض الموضوع بعد التحرى بجميع الطرق الممكنة التى توصل إلى معرفة أن المفقود حى أم ميت . ويلاحظ هنا أن المشرع أطلق للقاضى الحرية فى تحديد نوع التحرى الذى يطمئن إليه لبيان الحقيقة فى أمر هذا المفقود .

إذا ثبت للقاضى هلاك المفقود قضى بموته بعد مدة يقدرها بشرط أن لا تقل عن أربع سنوات من تاريخ فقده .

تحديد تاريخ فقد الشخص المفقود قد يظهر من أوراق الدعوى أو من تحريات القاضى أو من شهادة الشهود .

٢) شخص على ظهر سفينة غرقت ، أو طائرة سقطت – هذا المفقود يعتبر ميتاً بعد مضى سنة من تاريخ فقده ، ويصدر قرار من رئيس مجلس الوزراء باعتباره ميتاً – بعد التحرى عنه ، واستظهار القرائن التى يغلب معها هلاكه .

القرار الصادر من رئيس مجلس الوزراء باعتبار الشخص ميتاً يقوم مقام الحكم بموته ، ولا ينتج هذا القرار أثره إلا من وقت نشره فى الجريدة الرسمية .

٣) المفقود من أفراد القوات المسلحة

اشترط نص المادة ٢١ سالفة الذكر أن يكون المفقود من أفراد القوات المسلحة ، وفقد فى أثناء العمليات الحربية . هذا المفقود يتعين أن يصدر بفقد – واعتباره ميتاً – قرار من وزير الدفاع – بعد التحرى عنه واستظهار القرائن التى يغلب معها هلاكه – باعتباره ميتاً .

قرار وزير الدفاع بشأن اعتبار أحد أفراد القوات المسلحة الذى فقد فى أثناء العمليات الحربية – ميتاً يقوم مقام الحكم بموته ، وينتج أثره من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية .

ثانياً : زوجة المفقود

إذا صدر حكم – أو قرار – بموت المفقود على النحو السالف تترتب على القرار الآثار الآتية :

١) تعتد زوجة المفقود المحكوم بموته عدة الوفاة من تاريخ صدور الحكم أو من تاريخ نشر قرار رئيس مجلس الوزراء أو قرار وزير الدفاع فى الجريدة الرسمية .

يقول الأحناف إن عدة زوجة المفقود تبدأ من تاريخ الحكم بموته ، فتعتد عدة الوفاة ، فإن عاد زوجها بعد مضى العدة فهو أحق بها ، وإن تزوجت فلا سبيل له عليها [١] .

نصت المادة الثامنة من القانون ١٩٢٠/٢٥ وضعت أحكاماً فى شأن زوجة المفقود حاصلها :

أ) إذا كانت زوجة المفقود لم تتزوج – بعد الحكم بموته – ثم ظهر أنه حى فهى زوجته من غير حاجة إلى عقد جديد ، وقد أجمع الفقهاء على ذلك إذ قرر الأحناف أنه إذا حكم بموت المفقود اعتدت امرأته عدة الوفاة من ذلك الوقت ، فإن عاد زوجها بعد مضى مدة العدة فهو أحق بها ... " [٢] وقال المالكية " إذا جاء المفقود أو تبين حياته سواء كانت زوجته فى العدة أو بعدها وقبل زواجها فزوجها أحق بها [٣] . وقال الشافعية " إذا قدم زوجها

---

[١]) الهداية ج ع ص٤٤٥ والفتاوى الهندية ج ٢ ص٣٠٠ .
[٢]) الفتاوى الهندية ج ٢ ص٣٠٠ .
[٣]) الشرح الكبير للدردير ج ٢ ص٤٨٠ .

الأول قبل أن تتزوج فهى امرأته ، لأننا إنما أبحنا لها الواج لأن الظاهر موته ، فإذا بان حياً انخرم ذلك الظاهر وكان النكاح بحاله ، كما لو شهدت البينة بموته ثم ظهر حياً " [1] ويقول ابن قدامه الحنبلى " فإن قدم زوجها الأول قبل أن تتزوج فهى امرأته [2] .

ب) إذا عاد المفقود وقد تزوجت امرأته بعد الحكم بموته وانقضاء عدتها

١) إذا كان الزوج الثانى قد تزوجها ودخل بها – ولم يعلم بحياة المفقود – فهى لزوج الثانى ، وفى ذلك تقول المادة الثامنة ق ٢٥/١٩٢٠ " فإن تمتع بها الثانى غير عالم بحياته – أى بحياة المفقود – كانت للثانى . غير أن الحنابلة يقولون بتخيير الزوج الأول (المفقود) الذى عاد ، بين أن تبقى زوجة له بالعقد الأول ، وبين أخذ مهرها وتكون زوجة للثانى – فقد روى عن الزهرى عن سعيد بن المسيب أن عمر وعثمان قالا " إن جاء زوجها الأول خير بين المرأة وصداقها الذى ساق هو " [3]

٢) إذا كان الزوج الثانى عالماً بحياة المفقود – دخل بها أو لم يدخل – فهى لزوجها الأول وهذا الحكم جاء بمفهوم مخالفة نص المادة الثامنة التى اشترطت عدم علم زوجها الثانى بحياة المفقود قبل أن يتمتع بزوجته .

أحكام القضاء فى المفقود [4]

* المفقود يعتبر حياً باستصحاب الحال التى كان عليها قبل فقده ، بمعنى إبقاء ما كان من قبل ، حتى يقوم الدليل على تغيره . وعلى ذلك تبقى أمواله على ملكه وتجب عليه فى ماله النفقة ، وتبقى زوجته فى عصمته ، ما لم يحكم القاضى بتطليقها منه ، بناء على طلبها بعد مضى مدة ستة

[1]) المجموع شرح المهذب فى الفقه الشافعى ج ١٦ ص٦١٦ .
[2]) المغنى لابن قدامه ج ٧ ص٤٩٢ .
[3]) المغنى لابن قدامه ج ٧ ص٤٩٢ .
[4]) مبادئ القضاء فى الأحوال الشخصية ص ٩٩٣ .

فأكثر ، على غيبته لتضررها من بعده عنها أو لعدم الإنفاق عليها وعـــدم وجود مال ظاهر له تنفذ عليه .

* إذا كان للمفقود وكيل قبل فقده ، يظل وكيلاً عنه ، يقوم بكل تصرفاته – وإذا لم يكن له وكيل ، تقيم المحكمة المختصة كيلاً عنه .

* الحكم بموت المفقود يكون بناء على طلب ذوى الشأن ، بعد أربع سنين من حين فقده وبعد التحرى عنه بجميع الوسائل الممكنـــة الموصـــلة إلـــى معرفة حياته أو موته ، هذا إذا كان المفقود فى حالة يغلب معها بقاؤه حياً ، حكم القاضى بموته بعد البحث والتحرى بكافة الطرق الموصـــلة إلـــى معرفة إن كان حياً أو ميتاً ، وترك القانون للقاضى تقدير المدة التى يحكم فيها بموت المفقود مراعياً فى ذلك ســـنه وحالتـــه الصـــحية والظـــروف والأحوال التى أحاطت بفقده .

* يعتبر المفقود ميتاً من وقت صدور الحكم ، فيورث من هـــذا التـــاريخ وتكون تركته لورثته الموجودين حين الحكم ، أما من مات منهم قبل ذلك ، ولو فى أثناء نظر الدعوى بفقده ، وطلب الحكم بوفاته فلا يرث منه .

* تعتد زوجة المفقود عدة الوفاة من تاريخ الحكم وهـــى أربعـــة أشـــهر وعشرة أيام لقوله تعالى " والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصـــن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا " هذا ما لم تكن الزوجة حاملاً .

بالنسبة لإرث المفقود من الغير واستحقاقه الوصية فإنه يعتبر ميتـــاً مـــن تاريخ فقده .

المادة ٢١ ق ٢٥/١٩٢٠ تضمنت أن المفقود الذى يغلب عليه الهلاك وهو الذى يفقد فى حالة يظن معها موته كمن يخرج لقضاء حاجة قريبة ثـــم لا يعود ، يحكم بموته بعد أربع سنين من تاريخ فقده بعد التحرى عنه ، أمـــا

المفقود الذى فقد فى حالة يظن معها بقاؤه سالماً فتقدير المدة فيه موكـول إلى القاضى بعد التحرى عنه أيضاً .

المقصود من نص المادة ٢١ ق ١٩٢٠/٢٥ أن الحكم بموت المفقود مقيـد بمضى المدة أربع سنين من تاريخ فقده فى جميع الأحوال لأن القيد قيد فى حالة غلبة الهلاك بمضيها فبالأولى غيرها من الأحوال التى يظن فيها بقاؤه سالماً ، لأن هذا النص قد سيق لبيان أن ما كان العمل جارياً عليه قبل هذا القانون لم يعد صالحاً للعمل به ، ولا يتفق مع حالة الرقى التـى وصـلت إليها طرق المواصلات فى العصر الحاضر ، لا لما يتوهم من جواز الحكم بموت المفقود قبل مضى هذه السنوات الأربع ، ويلزم على هـذا جـواز الحكم بموته بمضى أى مدة على فقده قلَّت أو كثرت ، وهذا غير مقصود ، بل المراد أن السنوات الأربع هى أقل مدة يحكم فيها بموت المفقـود فـى جميع الأحوال . ومن حيث إن هذا النص قد تضمن التحرى عن المفقـود فى جميع الأحوال زيادة فى الاحتياط والاطمئنان ، وجعل الإثبات وحـده غير كاف للحكم بموته ، فلابد من هذا التحرى ، ولا يكفى فيـه نصـب الوكيل عنه لأنه وإن تضمن غيبة المفقود إلى صدور هذا التوكيل ، ولكنه لم يتناول ما وراء ذلك من مشتملات مثل هذه الدعوى ، كاستمرار الفقـد وانقطاع الغيبة والأخبار ، وخفاء الآثار وعدم العودة والخروج لجهة قريبة أو بعيدة يغلب فيها الهلاك أو يظن فيها البقاء وما إلى ذلك ، لأنه وإن كان الأصل بقاء ما كان على ما كان ما لم يتبين خلافه ، ولكن هذا خاص بما كان من مشتملات هذا الأصل ، وقرار الوكالة لم يشمل غير ما وضع لـه باعتبار وضعه العنوانى ، وهو كونه قرار نصب وكيل الغائب فلا يتعدى هذا غير ما نص عليه فيه مما اشتملت عليه هذه الدعوى . فلابد من إجراء

التحرى مع الإثبات قبل الحكم بموته حتى لا يكون للشك مجال لأنه أمر محتمل ، فمتى انضم إليه التحرى حصل الاطمئنان . ومن حيث إن هذه الدعوى ثبتت بالبينة وقد أجرى التحرى اللازم . وقد تبين من ذلك أن المفقود قد غادر بلده إلى القاهرة يبتغى الرزق ثم يعود وقد مضى على غيبته ثلاثة وعشرون عاماً ولم يعد وقد انقطعت أخباره فلا مانع من الحكم بموته على أحال سواء أكان طلب الأوراق من الجهة القريبة أم البعيدة يغلب فيها الهلاك أم تظن فيها البقاء لمضى المدة التى نص القانون على جواز الحكم بموت المفقود بعدها ولحصول التحرى اللازم فلا مانع من الحكم بموته وهو موت حكمى فيعتبر بالموت الحقيقى فتعتد عرسه عدة وفاته إن كان له عرس ويقتسم ورثته الموجودون يوم الحكم بموته ماله ، ولا يرث وارث مات قبل تمام المدة أو بعدها وقبل الحكم بموته لأنه حين مات كان المفقود محكوما بحياته ، كما إذا كانت حياته معلومة ، فلا يعتبر المفقود ميتاً إلا عند تمام المدة والحكم بذلك وهذا الوارث مات قبل ذلك فلا يرثه (نص على ذلك فى الجزء الثامن من شرح الفواد السنية ، وفى العناية والفتح والبدائع والهندية والبحر ومجلة الأنهر وكثير من الكتب المقيدة فى باب المفقود .

* إذا مات شخص وكان من بين ورثته مفقود – أى غائب غيبة منقطعة – فإن هذا المفقود لا يرث منه . لعدم تحقق حياته ، وقت موت هذا المورث غير أنه إذا كان حال هذا المفقود غير مستبين لا واضح ، فمن الجائز أن يكون قد مات ، ومن الجائز أن يكون لا يزال باقياً على قيد الحياة ، فقد قرر الفقهاء أيضاً أن نصيبه فى التركة يجب أن يوقف له إلى أن تظهر حالته ، فإن ظهر حياً استحق ما وقف له من التركة ، وأخذه لأنه تبين أنه

كان موجوداً فى وقت وفاة مورثه ، وإن ظهر ميتاً أو حكم القاضى بموته بناء على القرائن القاطعة بالتطبيق للمادة ٢١ من القانون ١٩٢٩/٢٥ فما وقف لأجله ينقل إلى ورثة مورثه الذين كانوا موجودين وقت وفاته ، لأن حياة المفقود لم تكن متحققة وقت موت مورثه ، فلا يستحق إرث شئ من تركته ، وتكون التركة كلها حقاً للورثة الموجودين وقت موت المورث ولا شئ من تركته ، وتكون التركة كلها حقاً للورثة الموجودين وقت موت المورث ولا شئ للمفقود فيها ، وذلك ما يقضى به نص المادة الثانية من القانون ١٩٤٣/٧٧حين نصت على أنه يجب لاستحقاق الإرث تحقق حياة الوارث وقت موت لمورث أو وقت الحكم باعتباره ميتاً [1] .

---

[1]) فى ١٩٢٩/١٥٠ العليا الشرعية ف ١٩٣٠/٣/٧ ،

المبحث التاسع

الخلـــــع

الخلع كسبب للتفريق بين الزوجين

لم يكن الخلع قبل القانون الصادر بالقانون رقم ١/٢٠٠٠ تحكمه نصوص قانونية ، وكانت المحاكم تطبق المذهب الحنفى فيمـا يعـرض لهـا مـن أقضيات فى هذا الخصوص عملاً بالمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحـاكم الشرعية التى ألغاها القانون المذكور .

ولم تكن المحاكم تواجه مشاكل فقهية فى تطبيق أحكام المـذهب الواجـب التطبيق مقابل العوض الذى يتفق عليه الزوجان عملاً بقوله تعالى " فـإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به ، تلك حدود الله فلا تعتدوها ، ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون " (١)

وفى سنة ٢٠٠٠ سعى المشرع الوضعى إلى وضع أحكام للخلع باعتبـاره سبباً للتفريق بين الزوجين ، فنص بالمادة ٢٠ من القانون الصادر بالقانون رقم ١/٢٠٠٠ على ان " للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع ، فإن لم يتراضيا عليه ، وأقامت الزوجة دعواها بطلبـه ، وافتـدت نفسـها ، وخالعت زوجها ، بالتنازل عن جميع حقوقها الماليـة الشـرعية ، وردت عليه الصداق الذى أعطاه لها ، حكمت المحكمة بتطليقها عليه "

" ولا تحكم المحكمة بالتطليق للخلع ، إلا بعد محاولة الصلح بين الزوجين ، وندبها لحكمين لموالاة مساعى الصلح بينهما خلال مدة لا تجاوز ثلاثـة أشهر ، وعلى الوجه المبين بالفقرة الثانية من المادة ١٨ والفقرتين الأولى والثانية من المادة ١٩ من هذا القانون ، وبعد أن تقر الزوجة صراحة أنها

---

(١) سورة البقرة ٢٢٩ .

تبغض الحياة مع زوجها ، وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما ، وتخشى ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض . "

" ولا يصح أن يكون مقابل الخلع إسقاط حضانة الصغار ، أو نفقتهم ، أو أى حق من حقوقهم "

" ويكون الحكم – فى جميع الأحوال – غير قابل للطعن عليه بأى طريق من طرق الطعن "

الخلع نظام وضع الإسلام قواعده وضوابطه ، ووضع أحكامه باعتباره تفريق بين الزوجين برضائهما معا – قال تعالى " ولا جناح عليهما فيما افتدت به " . وقد طبقت المحاكم الشرعية الخلع – عملاً بالمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . وبعد صدور القانون الصادر بالقانون رقم ٢٠٠٠/١ متضمناً نص المادة ٢٠ سالفة الذكر – وألغى لائحة ترتيب المحاكم ، فقد أصبح هذا النص – فى حدود ما جاء به – هو المطبق فى دعوى الخلع التى ترفعها الزوجة طالبة التفريق على زوجها عن طريق التخالع معه .

التعريف بالخلع

الخلع عند الأحناف هو " إزالة مالك النكاح المتوقفة على قبول الزوجة بلفظ الخلع أو ما فى معناه [١] . وقيل " الخلع إزالة ملك النكاح ببدل " [٢] . والخلع عند المالكية " طلاق بعوض [٣] ومعناه كما يقول بن جزى " إن تبذل المرأة أو غيرها للرجل مالا على أن يطلقها ، أو تسقط عنه حقاً لها عليه ، فتقع بذلك طلقة بائنة "

---

[١]) الدر المختار ج ٣ ص٤٢٩ .
[٢]) فتح القدير ج ٣ ص١٩٩ .
[٣]) الشرح الكبير للدردير ج ٢ ص٣٤٧ .

وقال الحنابلة " الخلع فراق الزوج بعوض يأخذه الزوج من امرأتـــه – أو غيرها – بألفاظ مخصوصة . [1]

وقال الشافعية " الخلع فى الشرع فرقة بين الزوجين بعـــوض مقصـــود ، وراجع لجهة بلفظ طلاّ أو خلع " [2]

هذا هو تعريف أهل السنة للخلع – **فما هو الخلع عند غيرهم**

قال الجعفرية " الخلع طلاق بعوض مقصود لازم لجهة الزوج " [3]

وقال الظاهرية " الخلع هو الافتداء إذا كرهت المرأة زوجها ، فخافــت ألا توفيه حقه ، أو خافت أن يبغضها فلا يوفيها حقها ، فلها أن تفتدى منـــه ، ويطلقها ، إن رضى هو ، وإلا لم يجبر هو ، ولا أجبرت هـــى ، وإنمـــا يجوز بتراضيهما " [4]

مشروعية الخلع

قال تعالى " الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ، ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً إلا أن يخافا ألا يقيما حـــدود الله ، فـــإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به ، تلك حدود الله فلا تعتدوها ، ومن يتعد حدود الله فأولئك هو الظـــالمون " [5] يقـــول الفخـــر الرازى " اعلم أن الله تعالى لما منع الرجل أن يأخذ من امرأته شيئاً عنـــد الطلاق استثنى مسألة " الخلع " . وقال " روِي أن هذه الآية نزلـــت فـــى جميلة بنت عبد الله بن أبى [6] وفى زوجها ثابت بين قيس بـــن ســـماس . وكانت تبغضه ، وكان يحبها ، فأتت الرسول صلى الله عليه وسلم وقالت "

---

(1) كشف القناع ج ٣ ص١٢٦ .
(2) مغنى المحتاج ج ٣ ص٢٦٢ .
(3) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ج٢ ص١٦٣ .
(4) المحلة لابن حزم ج ١٠ ص٢٣٥ .
(5) سورة البقرة ٢٢٩ .
(6) قال جرير إنها أخت عبد الله بت أبى . تفسير جرير ٢/ ٢٨٠ .

فرق بينى وبين ثابت ، فإنى أبغضه [١] ، ولقد رفعت الخباء فرأيته يجئ فى أقوام ، فكان أقصرهم قامة وأقبحهم وجهاً ، وأشدهم سواداً ، وإنى أكره الكفر بعد الإسلام [٢] " فقال ثابت " يا رسول الله مرها فلترد على الحديقة التى أعطيتها " فقال لها " ما تقولين ؟ قالت نعم وأزيده ، فقال صلى الله عليه وسلم لا – حديقته فقط " ثم قال لثابت " خذ ما أعطيتها وخل سبيلها " ففعل – فكان ذلك أول خلع فى الإسلام .

ذكر جرير فى تفسيره أن ابن عباس قال : إن أول خلع كان فى الإسلام أخت عبد الله بن أبى ، أنها أتت رسول الله صلى عليه وسلم فقالت " يا رسول الله : لا يجمع رأسى ورأسه شئ أبداً . إنى رفعت جانب الخباء فرأيته أقبل فى عدة ، فإذا هو أشدهم سواداً ، وأقصرهم قامة وأقبحهم وجهاً .

قال زوجها " يا رسول الله : إنى أعطيتها أفضل مالى " حديقة " فلترد على حديقتى " قال صلى الله عليه وسلم " ما تقولون " قالت " نعم ، وإن شاء زدته "

قال ففَرَّقَ بينهما .

إن الروايتين لهذه الواقعة تدل على الأمور الآتية :

١) كانت هناك قضية بين زوجين ، بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم . وكانت المرأة هى المدعية ، وعرضت قضيتها وأسبابها ، وطلبت التفريق .

---

[١]) روى الحديث عن ابن عباس رضى الله عنه " أن امرأة ثابت بن قيس بن سماش أتت النبى صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله ! ثابت بن قيس مت أعيب عليه فى خلق ، ولا دين ، ولكنى أكره الكفر فغى الإسلام / فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم " تردّين عليه حديقته ؟ ، فقالت نعم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " أقبل الحديقة وطلقها تطليقه " أخرجه البخارى .

[٢]) أى إن قمت عنده أن أقع فيما يقتضى الكفر . وقيل أخاف عهلى نفسى فى الإسلام ما ينافى حكمه من نشوز وفرك وغيره مما يتوقع من الشابة الجميلة المبغضة لزوجها إذا كان بالضد منها .

٢) كان الزوج حاضراً مجلس القضاء – بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم – وسئل عن دفاعه فى القضية المعروضة .

٣) قيس ابن ثابت هو الذى طلب من رسول الله صلى اله عليه وسلم أن ترد امرأته عليه الحديقة التى أعطاها إياها ، ولم تكن قد تقدمت بالفداء (العوض) ، والرسول عرض الإيجاب الصادر من قيس على زوجته ، فوافقت .

٤) الخلع يقوم على التراضى بين الزوج وزوجته ، فلا خلاف بينهما فى ذلك .

٥) بين رسول الله أن الخلع تطليقة ، وترك أمر هذه الطلقة للزوج ، بأن قال له " خل سبيلها " فى رواية وفى أخرى " طلقها تطليقة " .

٦) الخلع كما قلنا كان بالتراضى ، فَخَلّ الرجل سبيل امرأته [١] . ولذلك يقول الفقهاء إن الفرقة فى الخلع تتوقف على رضاء الطرفين [٢]

٧) يلاحظ أن القضية بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يرد فيها لفظ " الخلع " وإنما القول الحق عن الرسول " فخل سبيلها " أو طلقها تطليقة " .

قال الأزهرى والنخعى . لا يباح الخلع إلا عندِ الغضب ، والخوف من أن لا يقيما حدود الله ، والغضب والخوف هنا معيارهما معيار يحكمه الدين لأن الأثر المترتب عليهما حكم شرعى له علاقة كبيرة بالحل والحرمة ، أما تطليق بحق ، وإما جور وافتراء على الله فى هذا التطليق ، ولذلك إذا وقع الخلع فى غير تحقق الغضب أو الخوف كان خلعاً فاسداً ، لأن الآية صريحة فى أنه لا يجوز للزوج أن يأخذ من مال زوجته عند طلاقها شيئاً

---

[١]) قيل إن هذه المرأة هى حفصه بنت سهل الأنصارية (سنن أبى داود)
[٢]) الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية (محمد زيد الإبيانى) جزء أول ص٣٨٦ .

، ثم استثنت حالة مخصوصة إذا قالت " إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله " بما مؤداه أنه لا يجوز أخذ مال الزوجة فى غير حالة الخوف .

قال الفخر الرازى : إن أكثر المجتهدين قالوا " يجوز الخلع من غير حالة الخوف أو الغضب .

وهناك طائفة شاذة من الناس منعوا الخلع ، ولم يجيزه مخالفين بذلك النص والإجماع .

التعرف بالخوف الذى يمكن الخلع بسببه

الخوف الوارد فىة قوله تعالى " إلا أن يخافا ألا يقيا حدود الله ، فإن خفتم ألا يقيما حدود ... " هذا الخوف يقول رأى بحمله على الخوف المعروف ، وهو الإشفاق مما يكره وقوعه ، ويمكن حمله على الظن ، لأن الخوف حالة نفسية مخصوصة ، وسبب حصولها ظن أنه سيحدث مكروهاً فى المستقبل .

ونحن لا نتفق مع الرأى السابق القائل بحمل الخوف الذى يجيز طلب التطليق عن طريق الخلع ، على الظن الذى سيحدث مكروهاً فى المستقبل لأن آيات القرآن الكريم لا تبنى حِلاً أو حراماً على مجرد الظن ، قال تعالى " إن الظن لا يغنى من الحق شيئاً " [١] لأن الظن على وجه العموم لا يفيد ، ولا يغنى عن العلم الحق أىّ غناء ، خاصة إذا كان ظناً . وقال تعالى " إن تتبعون إلا الظن وإن أنتم إلا تخرصون " أى كاذبون فيما تزعمون من ظن ، أمام حكم الله العدل . وقال تعالى " يا أيها الذين أمنوا اجتنبوا كثيراً من الظن إن بعض الظن إثم ... " [٢] أى إثم يستوجب العقوبة . من أجل ذلك لا يصح أن يكون إنهاء علاقة الزوجية وفيها ميثاق

---

[١] سورة يونس آية ٣٦ .
[٢] سورة الحجرات آية ١٢ .

الله الغليظ لمجرد ظن المرأة أن مكروهـاً سـيحدث فـي المسـتقبل ، أو إحساسها النفسي بخوف ليست له دلائله . ولذلك يقول الرازى إن ظـاهر الآية يدل على أن الشرط هو حصول الخوف للرجل والمرأة – بمعنى أن خوف أحدهما – وحده – لا يعتبر خوفاً حقيقياً إلا إذا قامت دلائله التى تدل على قيامه فى نفس من يدعيه ، وهذه من مسائل الواقع التى تخضع لرقابة قاضى الموضوع الذى ينزلها تحت تقديره قبل الحكم بـالتطليق للخلـع ، ولذلك نرى أن الفقرة الثانية من المادة • سالفة غير موفقة إذ علقت الحكم بالتطليق على شروط ثلاثة أحدها أن تقر الزوجة صراحة أنها تبغى الحياة مع زوجها وأنه لا سبيل للاستمرار الحياة الزوجية بينهمـا ، وتخشـى ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض . بما مؤداه أن مجرد قول الزوجة أمـام القاضى " أبغض الحياة مع الزوج " دون ذكر سبب يقدره القاضى ، كاف للحكم بالتطليق للخلع . وهو أمر للهوى فيه دور كبير ، حتى أن كثيـرات من النساء بعد أن قررن ذلك وصدر حكم التطليق للخلع ، ندمن على مـا فعلن ، وعرفن أنهم حكمن الهوى والظن .

أقسام الخوف الذى يكون سبباً لطلب التطليق للخلع

ينقسم الخوف إلى أقسام أربعة :

القسم الأول : أن يكون الخوف حاصلاً من قبل المرأة . وذلك بأن تكـون المرأة ناشزاً مبغضة لزوجها ، ولا تريد الإقامة معه ، وتقدم المرأة دليلها على هذا البغض . ودليل ذلك ما روى من حديث جميلة مع ثابـت لأنهـا أظهرت بغضها وسببت هذا البغض قائلة " لقد رفعت الخباء فرأيته يجـئ فى أقوام ، فكان أقصرهم قامة ، وأقبحهم وجها ، وأشدهم سواداً ، وإنـى أكره الكفر بعد الإسلام " فادعاء الخوف والبغض لم يكن لمجـرد قولهـا

وإقرارها كما ذهبت المادة عشرين سالفة الذكر ، وإنما الدليل عليه هو الذى جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم يجيز لها الفراق ولثابت البدل .

قد يقال إن الله عز وجل قد شرط فى الآية أن يكون الخوف من الزوجين معاً " إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله " فكيف يكتفى بمجرد خوف الزوجة فقط ؟ والإجابة على هذا التساؤل يسيره لأن الخوف يكون متحققاً بقبول البدل من الزوج ، ولو كانت الزوجة هى التى بدأت بذكر الخوف ، إلا أن هذا الخوف منها يترتب عليه خوف منه أيضاً ، فهى تخاف على نفسها من عصيان الله فى أمر الزوج وهو يخاف أيضاً أن يتصرف معها ما يغضب الله من ضرب وسب إذا هى لم تطعه ، بل قد يزيد على قدر الواجب فى هذا الخصوص ، بهذا يكون الخوف حاصلاً للزوجين معاً . فالزوجة التى تكره مصاحبة الزوج لفقره ، أو لقبح وجهه ، أو لمرض منفر منه ، هذه المرأة تكون خائفة من معصية الله فى أن لا تطيع هذا الزوج ، ويكون الزوج الذى قبل البدل الذى تقدمه ، خائفاً أيضاً من معصية الله تعالى فى أن يقع منه تقصير فى حقوق هذه الزوجة أو فى بعض حقوقها .

القسم الثانى : أن يكون الخوف من قبل الزوج فقط ، بأن يضرب زوجته أو يؤذيها حتى تلتزم الفدية ، هذه الفدية ، مال حرام ، لأن الله عز وجل قال " ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن " إلى قوله تعالى " أتأخذونه بهتاناً وإثماً مبيناً " (1) . وهذا النص فيه الدليل فى تحريم أخذ المال .

القسم الثالث : ألا يكون الخوف حاصلاً من قبل الزوجين – لا من قبل الزوج ولا من قبل الزوجة – قال أكثر الأئمة أن الخلع جائز والمال

---

(1) سورة النساء – ١٩ – ٢٠ .

المأخوذ من الزوجة حلال لأن الله تعالى قال " فإن طبن لكم عن شئ منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً " فإذا جاز للزوجة أن تهب مهرها من غير أن تحصل لنفسها طلاقاً ، فإنه يجوز ذلك لتملك أمر نفسها أولى .

وقال رأى – إن أخذ المال فى هذه الحالة حرام ، وقالوا إن الآية محمولة على البذل من الزوجة فى حال العشرة ، أما البذل للطلاق فقد منعته الآية.

القسم الرابع : أن يكون الخوف حاصلاً من الزوجين معاً . فى هذه الحالة يكون أخذ المال حراماً ، لأن الآية تدل على حرمة أخذ المال ، إذا كان الكسب حاصلاً من قبل الزوج ، وليس فيه تقييد بقيد أن يكون من جانب المرأة بسبب لذلك أم لا . ولأن الله تعالى أفرد لهذا القسم آية أخرى هى قوله تعالى " وإن خفتم شقاق بينهما ... " [1] ولم يذكر سبحانه حل أخذ المال .

الأحاديث التى وردت فى الخلع

إذا كان قد فرضنا لأقسام الخوف الذى يجيز طلب الخلع ، فإننا نعرض بعضا من أحاديث رسول الإسلام عليه الصلاة والسلام فى شأن الخلع حتى لا يتشدد كل من الزوجين فى ادعاء الخوف ، ويحمله – عن جهل أو تجاهل – مسئولية طلب الخلع .

قال صلى الله عليه وسلم " المختلعات هن المنافقات " أخرجه الترمذى عن ثوبان .

وعن أبى هريرة " المنتزعات والمختلعات هن المنافقات "

وعن ابن مسعود " والمختلعات والمتبرجات هن المنافقات "

---

[1]) سورة النساء – ٣٥ .

ويبدو أن النفاق الوارد فى الأحاديث السابقة قصد به من تدعى الخوف كذباً على الزوج . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " أيما امرأة اختلعت من زوجها من غير بأس ، لم ترح رائحة الجنة "

أخرج أبو داود فى سننه " أيما امرأة سألت زوجها طلاقاً من غير بأس ، فحرام عليها رائحة الجنة .

وصف الخلع

الخلع مكروه : قال ابن حجر العسقلانى أن " الخلع مكروه إلا فى حالة مخافة ألا يقيما – أو أحدهما – حدود الله " وإلى هذا ذهب صاحب مغنى المحتاج إلى أن " الخلع مكروه لما فيه من قطع النكاح الذى هو مطلوب شرعاً . ويقول صاحب الكشاف " وإن خالعته المرأة مع استقامة الحال ، كره ذلك ، لحديث ثوبان أن النبى صلى الله عليه وسلم قال " أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير بأس ، فحرام عليها رائحة الجنة " ولأنه كذلك فيكون مكروهاً [1] .

وقيل الخلع مباح لسوء العشرة ، ولمبغضة لخُلُقِه ، وتخشى ألا تقيم حدود الله معه [2]

قال الدردير " جاز الخلع على المشهور ، وقيل يكره ، وهو الطلاق بعوض ، وهذا هو الأصل فيه " وعلق الدسوقى على هذا القول " ما أعلم أن الخلاف فيه من حيث المعاوضة على العصمة ، وأما من حيث كونه طلاقاً ، فهو مكروه بالنظر لأصله اتفاقاً لقوله عليه الصلاة والسلام " أبغض الحلال عند الله الطلاق " .

---

[1]) شرح العسقلانى لصحيح البخارى جزء ٩ ص٣٩٦ ، مغنى المحتاج جزء ٣ ص٢٦٢ ، كشف القناع جزء ٣ ص١٢٦ حنبلى .

[2]) غاية المنهى جزء ٣ ص١٠٢ .

وبالنظر إلى أقوال الفقهاء فى وصف الخلع يبين أن طلب المخالعة أمر غير مرغوب فيه فى الشرع الإسلامى ، وأن المرأة التى تطلبه من غير مبرر ، ينتظرها تهديد شديد ، بحرمانها من جنة الله ، وهذا يدل على أن الأصل فى الخلع الحظر ، ولا يجوز إلا لحاجة .

الخلع فى القانون

واضح من تعريف الفقهاء للخلع أنه طلاق بعوض ، والأصل فى العوض بالتراضى بين المتعاوضين – أى بين طرفيه .

والمشرع فى المادة ٢٠ سالفة الذكر اتجه إلى قول الظاهرية فى الخلع ، إذ اشترط النص أن تقر الزوجة صراحة أنها تبغض الحياة مع زوجها ، وانه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما وتخشى ألا تقيم حدود الله بسبب البغض . وابن حزم الظاهرى يعرف الخلع بأنه " الافتداء إذا كرهت المرأة زوجها ، فخافت أن لا توفيه حقه ، أو خافت أن يبغضها فلا يوفيها حقها ، فلها أن تفتدى منه ، ويطلقها إن رضى هو ، وإلا لم يجبر هو ، ولا أجبرت هى ، وإنما يجوز بتراضيها ، ولا يحل الافتداء إلا بأحد الوجهين المذكورين ، أو باجتماعهما ، فإن وقع بغيرهما فهو باطل ، ويرد عليها ما أخذ منها ، وهى امرأته كما كانت ، ويبطل طلاقه ، ويمنع من ظلمها فقط . ولها أن تفتدى بجميع ما تملك " وهو طلاق رجعى " إلا أن يطلقها ثلاثاً أو آخر ثلاث ، أو تكون غير موطوءه ، فإن راجعها فى العدة جاز ذلك أحبت أم كرهت ، ويرد ما أخذ منها إليها [1] .

---

[1]) المحلى لابن حزم جزء ١٠ ص٢٣٥ .

تعريف الظاهرية للخلع يشترط

١) أن يكون هناك سبب تفتدى فيه المرأة من زوجها . وهذا السبب عبارة عن كره المرأة زوجها فى أحد أمرين : أحدهما أن تخاف ألا تفى زوجها حقه ، أو أن تخاف أن يبغضها زوجها فلا يوفيها حقهـا ، أو أن تخـاف الأمرين معاً ، بألا توفى زوجها حقه ، أو لا يوفيها زوجها حقها .

٢) أن يكون الافتداء بعوض ، وأن يكون هذا العوض محل رضـاء مـن الزوجين – عليه – فلا يجبر عليه الزوج ولا تجبر الزوجة عليه ، وإنمـا يتعين أن يتفقا على العوض .

٣) لا يحل الافتداء إلا بأحد الوجهين السابقين ، أو بهما معا ، فـإن وقـع بغيرهما فهو باطل ، وعلى الرجل أن يرد ما أخذ من زوجتـه ، وتظـل الزوجية قائمة بينهما ، ويبطل طلاقه .

٤) الطلاق الواقع بالخلع – هو طلاق رجعى أصلاً – إلا أن يطلق الزوج ثلاثاً ، أو كان طلاقه أخر الطلاقات الثلاث ، أو تكـون الزوجـة غيـر مدخول بها – أى غير موطوءه .

٥) يكون للزوج أن يراجع فى العدة – رضيت الزوجة أم كرهت .

يبين مما تقدم أن الخلع عند الظاهرية " طلاق رجعى يقع بإرادة الزوج ولا يجب عليه . كما روى جمهـور الفقهاء أن الرجل لا يجبر علـى قبـول الخلع [١] . وروى عن طريق عبد الرازق عن معمر عن قتادة عن سـعيد بن المسيب أنه قال " فى المختلعة إن شاء أن يراجعها ، فليرد عليها ما أخذ منها فى العدة ، وليشهد فى رجعتها .

---

[١] تفسير آيات الأحكام لمحمد على السايس جزء١ ص٢٦٧ .

إن الفقهاء بما قدموه من تعريف للخلع ، وما وضعوا له من ضوابط وقيود ، كان نصب أعينهم أمران :

الأول : الحل والحرمة فى الإسلام ، باعتبار أن الخلع فيه تفريق بين زوجين ، وأن هذا التفريق يشترط مشروعية السبب ، حتى يتم على الحِلّ لا على الحرمة .

الثانى : بناء الأسرة فى الإسلام ، وهو أمر وضع الإسلام له منهج ونادى به ، وأحكم قواعده ونص على أن التفريق بين الزوجين هو أبغض الحلال عند الله .

نص المادة ١/٢٠ سار مع الأصل فى الخلع وهو الرضائية بين الزوجين ، فنص على أن للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع ، والقانون فى هذا الشأن لم ينشرع حقاً بقوله " للزوجين " وإنما هو يقرر حق بالشرع قال تعالى " ولا جناح عليهما فينا افتدت به " فالأصل بالنص الكريم الرضائية فى الخلع .

إذا لم يتم الخلع رضاء بين الزوجين قال نص المادة ١/٢٠ " فإن لم يتراضيا عليه – إلى على الخلع ، وأقامت الزوجة دعواها بطلبه ، وافتدت نفسها ، وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية والشرعية ، وردت عليه الصداق الذى أعطاه لها ، حكمت المحكمة بتطليقها عليه " . مؤدى هذا أن الزوجين إذا لم يتراضيا على الخلع ، كان للزوجة أن تجبر زوجها عليه باللجوء أمام القضاء فى حين أن جميع الفقهاء يرون أن الزوج لا يجبر على قبول الخلع . ما عدا رأياً قال به ابن رشد يفيد جبر الرجل على قبول الخلع إذ قال " والفقه أن الفداء إنما جعل للمرأة فى مقابلة

ما بيد الرجل من الطلاق ، فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فَـرِك [1] المرأة ، جعل الخلع للمرأة إذا فَرِكَتِ الرجل .

إن مبدأ القانون فى لجوء المرأة إلى القضاء طالبة الخلع عند عدم تراضيها مع زوجها عليه ، فيه مخالفة صريحة لقوله تعالى " ولا جناح عليهما فيما افتدت به ' ورفع الجناح هنا عن الزوجين معاً ، وليس عن الزوجة ، عند عدم التراضى على الخلع – ثم بعد ذلك يقول الله " تلـك حـدود الله فـلا تعتدوها ، ومن يتعد حدود الله فأولئك هو الظالمون .

شروط الدعوى بطلب الخلع

الفرض الذى سارت عليه المادة ٢٠ سالفة الذكر هو أنه عند عدم تراضى الزوجين على الخلع " يجوز للزوجة أن تلجأ إلى القضاء طالبة الخلع . وقد وضعت شروطاً لنظر هذا الدعوى :

أولاً : ألا يكون هناك تراض بين الزوجين على الخلع ، سواء من ناحيـة عدم قبول الزوج للخلع أصلاً أو من ناحية عدم موافقته على بدل الخلـع . وعدم التراضى هنا لا يقع به خلعه ، ومن ثم لا طلاق ، والزوجية قائمة . فى هذه الحالة – وفى منطق المادة ٢٠ سالفة الذكر يجوز للزوجة أن تلجأ إلى القضاء طالبة الخلع من زوجها .

طلب الخلع غالباً ما يصدر من الزوجة لزوجها ، وفى ذلك يقول الأحناف " وإذا تشاق الزوجان ، وخافا ألا يقيما حدود الله ، فلا بأس أن تفتدى نفسها منه بمال يخلعها به لقوله تعالى " فلا جناح عليهما فيما افتدت به " فالمرأة عملاً بالآية الكريمة لها الفداء ، أى يجوز لها المخالعة ، ويقول صـاحب

---

[1]) الفرك – بُغضة الرجل لامرأته أو بُغضة امرأته له .

الـدر المختار " ولا بأس به – أى بالخلع – عند الحاجة للشـقاق وعـدم الوفاق " .

ثانياً : أن تقدم الزوجة عوضاً للخلع

العوض – من جانب المرأة – هو التزام منها ببدل الخلع – يقول صاحب المبسوط " الخلع بمنزلة البيع والشراء " . من أجل ذلك يقول الأحناف : إن الخلع يمين فى جانب الزوج ، وتعليق الطلاق بشـرط – وهـو قبولهـا العوض . ومن جانب المرأة معاوضة المال ، وهو تمليك المال بعـوض ، وقد صرح صاحب فتح القدير قائلاً " وصفته أنه يمين الزوجة ومعاوضـة من جانبها – عن أبى حنيفة – أما عند صاحبيه فالخلع مـن الجـانبين – الزوج والزوجة معاً – وعلى هذا الأساس يلاحظ ما يأتى :

أ) إذا كان الزوج هو الذى بدأ بالخلع عرض على زوجته أن يخالعها ، فلا يبطل إيجابه برجوعه عنه ، ولا بقيامه من المجلس قبل قبولها . سبب ذلك أن إيجاب الزوج كما قلنا " يمين منه " واليمين لا يجوز الرجوع عنهـا لا صراحة ولا دلالة . أما إذا قامت الزوجة من المجلس قبل أن تقبل ، يبطل الإيجاب الصادر من الزوج . سبب ذلك أن الخلع بالنسـبة للزوجـة هـو معاوضة من جانبها ، والمعارضة تبطل بتفريق عاقديها بعد الإيجاب وقبل القبول .

ب) يصح إيجاب الزوج بالخلع ولو كانت زوجته غائبة عن المجلس ، فإن بلغها إيجاب الزوج فقبلت فى المجلس الذى علمت فيه تم العقد على الخلع ، أما إذا قامت من مجلسها دون أن تقبل بطل إيجاب الزوج ، ولا ينعقـد بينهما خلع .

ج) يجوز للزوج أن يعلق إيجابه بالخلع على شرط معين ، كما يجوز له أن يضيف الخلع إلى زمن مستقبل . سبب ذلك أن الخلع فـي حقه يمـين ، واليمين يجوز تعليقها ، كما إذا علق الزوج الخلع على قدوم شخص ، أو يضيفه إلى المستقبل ، كأن يقول خالعتكِ على كذا غداً . في هذه الحالة إذا قبلت عند حضور من علق الخلع على قدومه ، أو عند حلول الزمن المضاف إليه انعقد الخلع ، أما إذا قبلت قبل ذلك ، لم يعتبر قبولها ، ولا ينفذ الخلع .

د) إذا كان الإيجاب في الخلع صادراً من المرأة ، ففى هذه الحالة يجوز لها :

١- أن ترجع عن إيجابها - قبل قبول الزوج .

٢- يبطل إيجابها إذا قامت من مجلس الخلع قبل قبول الزوج .

٣- يبطل إيجابها بقيام الزوج عن المجلس قبل قبوله .

هـ) لا يجوز للزوج المخالع أن يشترط الخيار لنفسه ، وسبب ذلك أن الخلع يمين ، واليمين لا يجوز الاشتراط فيها ، إلا أنه يجوز أن يكون الخيار للمرأة .

و) لا يصح للزوجة أن تعلق إيجابها على شرط أو تضيفه إلى زمن مستقبل . وسبب ذلك أن الخلع فى حقها معاوضة والمعاوضة لا تقبل التعليق ولا الإضافة .

ويجوز للزوجة - إذا كان الإيجاب فى الخلع صادراً منها - أن تشترط لنفسها الخيار - وذلك عند أبى حنيفة . أما أبو يوسف ومحمد فقالا لا يصح للزوجة أن تشترط الخيار لنفسها ، وإن هى اشترطت ذلك يلغوا

الشرط بالنسبة للزوج ، وينعقد الخلع – إذا قبل – صحيحاً ، سواء لها أو زوجها .

ثالثاً : قبول الزوج للعوض الذى تقدمه للزوجة بدلاً للخلع . وبهذا القبول يتم الاتفاق على الخلع ، ويقع به طلقة بائنة ، سواء كان القبول خارج مجلس القضاء أو داخله . فلا يشترط لإيقاع الطلاق تدخل القاضى ، وإذا تدخل رغم اتفاق الزوجين على الخلع ، فلا يكون حكمه حكماً بالطلاق أو التطليق ، لأن الطلاق البائن وقع بتمام الإيجاب والقبول بين طرفى الخلع .

حدد نص المادة ٢٠ العوض " بالتنازل عن جميع حقوق الزوجة المالية والشرعية ، فضلاً عن رد الصداق على الزوج . وحقوق الزوجة الشرعية هى حقوقها التى تعتبر من آثار عقد الزواج وهذه الحقوق متعددة ، ولم يحددها النص ، وفضلاً عن التنازل عن الحقوق الشرعية ترد الزوجة الصداق الذى أعطاه لها الزوج .

الفقرة الأولى من المادة ٢٠ حددت العوض الذى تفتدى به المرأة نفسها بأنه جميع الحقوق المالية الشرعية التى للزوجة على زوجها ، وكذلك الصداق الذى أعطاه الزوج لها .

هذا ويلاحظ أن الصداق قد يكون ثابتاً بالعقد ، وقد لا يكون ، وقد يكون مسمى بالعقد ، وقد يكون غير مسمى به ، وقد يكون مهر المثل ، وهذه مسائل يقع بشأنها خلاف أمام المحكمة عند تحديد عوض الخلع ، وهنا يتعين على المحكمة أن تحدد الصداق أولاً ، حتى يمكن الوصل إلى الاتفاق على الخلع .

استبعد النص من عوض الخلع " حضانة الصغار ، أو نفقتهم ، أو أى حق من حقوقهم "

أنواع الخلع

الخلع نوعان : خلع بدون عوض ، وخلع بعوض .

أولاً : الخلع بدون عوض – كأن يقول الرجل لزوجته " خالعتك " ولم يذكر عوضاً . هذا الخلع يرجع فيه إلى نية الزوج ، فإن نوى الطلاق ، كان طلاقاً وإن لم ينو به الطلاق لم يكن طلاقاً . أساس ذلك أن لفظ الخلع من كنايات الطلاق عند الأحناف ، حتى أنه لو نوى بالخلع ثلاث طلقات وقع الثلاث ، وإن نوى اثنين فهى طلقة واحدة ، خلافاً لزفر الذى قال أنها بمنزلة قوله " أنت بائن "

ثانياً : الخلع بعوض – أى أن يكون الخلع مقروناً بالعوض – مثال ذلك أن يقول الرجل لامرأته " خالعتك على كذا " وذكر العوض فى هذا النوع من الخلع – إذا قبلت الزوجة ، يقع الطلاق – دون حاجة إلى نية – فإذا قال الرجل لم أنو بالخلع الطلاق ، فإنه لا يصدق قضاء . وسبب ذلك أن ذكر العوض ، دليل إرادة الطلاق من الرجل ظاهراً ، فلا يصدق فى العدول عن الوضع الظاهر . وهذا بخلاف ما لو قال لها " خالعتك " ولم يذكر العوض ، ثم قال ما أردت بالخلع طلاقاً ، فإنه يصدق فى قوله ، إذا لم يكن هناك دلالة حال تدل على إرادة الطلاق – كأن يكون بينهما غضب وقت حدود اللفظ منه ، أو يكون بينهما ذكر الطلاق ، ذلك أن لفظ الخلع عند عدم ذكر العوض ، يستعمل فى الطلاق وفى غيره ، فلابد لانصرافه إلى الطلاق من وجود نية ، هذا بخلاف ما إذا ذكر الرجل العوض ، فإن لفظ الخلع لا يستعمل فى العُرف والشرع إلا للطلاق .

أركان الخلع

الخلع تصرف يصدر من الزوجين ، بلفظ معين ، على مال معين . ولذلك فإن أركان الخلع أربعة : زوج يخالع ، وزوجة مختلعه ، وصيغة الخلع ، وعوض .

أولاً : الزوج المخالع

يشترط الفقهاء فى الزوج المخالع أن يصح منه الطلاق ، وشروط صحة الطلاق البلوغ والعقل وعدم الإكراه .

ثانياً : الزوجة المختلعه

يشترط أن تكون الزوجة فى زواج صحيح شرعى . وإذا كانت هى التى تجرى الخلع بنفسها فيشترط فيها البلوغ والعقل والرشد ، بمعنى أن تكون أهلاً للتبرع . وشرط الزواج الشرعى أمر لازم لأن الزوجة فيه تطلب خلاصها من قيد الزوجية . ولذلك خرج النكاح الفاسد من الخلع ، لأن المرأة لا تعتبر زوجة شرعاً فى النكاح الفاسد . كما أنها ليست طرفاً فى عقد زواج شرعى .

مخالعة المرأة المعتدة

المرأة المعتدة لا تخلو أن تكون معتدة من طلاق رجعى ، أو معتدة من طلاق بائن أو معتدة من خلع .

١) **المعتدة من طلاق رجعى** – هذه المعتدة باتفاق الفقهاء – زوجة حكماً وهى فى عدة هذا الطلاق ، ولذلك تجوز مخالعتها فى العدة . ولذلك يقول الأحناف أن لزوجها أن يطلقها على جعل بعد الطلاق الرجعى ما دامت فى عدتها ، ولزمها الجعل – متى اتفقا على ذلك . وإلى هذا ذهب الشافعة والمالكية والحنابلة .

٢) المعتدة من طلاق بائن – فى خلعها رأيان :

الأول : يقول به الأحناف – وهو أن الطلاق على مال يلحق المعتدة من طلاق رجعى ويجب المال ،ويلحق المعتدة من طلاق بائن ولا يلزم المال . بمعنى أن الرجل إذا طلق امرأته بائناً ، ثم طلقها فى العدة على مال وقع الطلاق الثانى – أى الطلاق على مال ، ولا يلزمها المال . وسبب ذلك أن إعطاء المال قصد به تخليصها الخلاص المنجز من العصمة ، وهذا حاصل فى الطلاق البائن ، ومن ثم فلا حاجة منها لدفع المال . وهذا بخلاف المعتدة فى الطلاق الرجعى ، فهى زوجة حكماً فى خلال أجل العدة ، ويجوز للزوج مراجعتها فى العدة ، ولزوم المال هنا سببه شراء عصمتها فى خلال العدة الرجعية ، بما تمنع به المراجعة .

الثانى : ذهب المالكية والشافعية إلى أن المطلقة بائناً لا يلحقها الخلع فى العدة لأن الخلع بعد الطلاق البائن لا يصادف محلاً ، إذ لا يملك الرجل بضع امرأته بعد الطلاق البائن . يقول الدردير فى الشرح الصغير " ورد المال الذى خالعها به أيضاً بكونها بائناً أى بثبوت كونها وقت الخلع كانت مطلقة طلاقا بائناً ، إذ الخلع لم يصادف محلاً حال البينونة . يقول الدكتور عبد الكريم زيدان " ويبدو لى أن الخلع وإن لم يقع مستوجباً بدل الخلع ، إلا أنه يقع طبقة بائنة ، واستخلص هذا من قول نص الدردير " ورد المال الذى خالعها به أيضاً ... " فهم قالوا يرد المال ، ولم يقولوا ببطلان المخالفة كلها ما فيها إيقاع الطلاق وبذل المال [١] . ولكن الظاهر أنه يقول " رد المال الذى خالعها به ... إذ الخلع لم يصادف محلاً حالة البينونة منه " وبذلك يكون الرأى عند المالكية متفق مع الحنابلة والشافعية ويشترط فى

---

[١]) المفصل فى أحكام المرأة جزء ٨ ص١٤٠ .

الزوجة أن تكون أهلاً للتبرع لأن الخلع فى حقها يعتبر معاوضة فيها شبهة التبرع ، لأن فيها بذل المال (بدل الخلع) فيما لا يعتبر مالا – وهو ملكها لعصمتها – من أجل ذلك اشترط الفقهاء فى الزوجة أهلية التبرع .

والخلع الذى يقع من السفيهة جائز عن الأحناف إلا أنهم لم يلزموها بدل الخلع وسبب ذلك أن وقوع الطلاق فى الخلع يعتمد القبول منها ، وقد تحقق ، أما عدم إلزامها ببدل الخلع ، فسببه أنها تعتبر كالصغيرة التى لا يلزمها المال ، لأن الخلع فى جانبها معاوضة مال بما ليس بمال ، وهى تتضرر بأداء المال ، هذا فضلاً عن أن الخلع لا يتوقف على وجو العوض . إذ يصح الخلع على مالا يصح عوضاً كالميتة والخنزير ، فلم يكن من ضرورة عدم وجود المال عدم وجود الخلع .

جمهور الفقهاء لا يصح عندهم خلع السفيهة ، وقالوا إذا اختلعت ، وسلمت بدل الخلع ، وجب رده إليها لعدم جواز البدل منها فى الخلع ، لأن بذل المال تبرع ، وهى ليست من أهل التبرع .

ثالثاً : صيغة الخلع

الخلع عقد بين الزوجين على إنهاء علاقة الزوجية ، وهذا العقد يتم بإيجاب من أحدهما وقبول الآخر .

ويقصد بصيغة الخلع ، اللفظ الذى ينعقد به الخلع ، وهو " خالعتك وباينتك وفارقتك وطلقى نفسك على كذا " والواقع بلفظ الخلع عند الأحناف بائن ولو بلا مال .

وعند المالكية ألفاظ الخلع : الخلع والفدية والصلح والمبارأة ، كل هذه الألفاظ تؤول إلى معنى واحد ، وهو بذل المرأة العوض عن الطلاق ، إلا أن اختلافهما يرجع إلى اختلاف صفات وقوعها ، فالخلع بذل المال على

الطلاق ، والصلح بذل بعضه ، والافتداء بذل جميع الصداق الذى أعطاها الزوج . والمبارأة ترك ما لها عليه من الحق على الطلاق ، أو ترك كل واحد منهما ما له على صاحبه على الطلاق . وحكم هذه الألفاظ جميعها سواء فى طلقة واحدة بائنة إذا لم يسم شيئاً من الطلاق [1] . والقرطبى فى تفسيره يبين :

١) المختلعة هى التى تخلع من كل الذى لها على زوجها .

٢) المفتدية هى التى تفتدى ببعض ما لها على زوجها ، او تأخذ بعضه .

٣) المبارئة هى التى بارأت زوجها من قبل أن يدخل بها ، فتقول قد أبرأتك فبارئنى – وبهذا قال الإمام مالك .

٤) المصالحة – مثل المبارأة .

والشافعية يرون أن ألفاظ الخلع هى " الخلع وما أشتق منه ، والمفاداة " وإلى هذا ذهب الحنابلة .

رابعاً : العوض

يقصد بالعوض – فى باب الخلع – ما تلتزم الزوجة ببذله لزوجها ، وينعقد عليه الخلع . ومؤدى هذا أن الخلع لا يتم بدون العوض ، وإن هذا ليس محل اتفاق بين الفقهاء . ذلك أن الأحناف والمالكية ورأى عند الحنابلة يرون صحة الخلع بدون ذكر العوض . فلو قال الزوج لزوجته : خالعتك ، أو قال لها – اختلعى ، ولم يذكر مالا ، فقبلت ، وقع الخلع صحيحاً مسقطاً للحقوق المتعلقة بالزوجية .

غير أن الأحناف يفرقون بين ما إذا قال الزوج " خلعتك " بلا ذكر مال ، ناوياً الطلاق وقع طلاق بائن ، لأن لفظ " خلعتك " من كنايات الطلاق ،

---

[1]) مقدمات ابن رشد ص٤٣٣ .

فيقع به الطلاق بائناً دون توقف على قبول الزوجة – ما دام قد نوى الطلاق " ولم يسم الأحناف هذا خلعاً ، وإنما هو " طلاق بائن " غير مسقط للحقوق المتعلقة بالزوجية . أما إذا قال لها " خالعتك " أو قال لها " اختلعي " ولم يذكر مالاً ، وقبلت الزوجة ، وقع الخلع صحيحاً مسقطاً للحقوق المتعلقة بالزوجية [1] . مؤدى هذا أن لفظ الخلع – دون ذكر المال – عند الأحناف يقع به طلاق بائن إذا لم تقبل الزوجة الخلع ، وأن قبلت وقوع الخلع .

والمالكية يقولون بجواز الخلع بعوض وبغير عوض ، والواقع في الحالين طلاق بائن . والشافعية ورأى عند الحنابلة – لا يصح الخلع بدون عوض . فالزوج إذا أوقع " بلفظ الخلع " ولم يذكر عوضاً كأن يقول لزوجته " خالعتك أو فاديتك " ونوى قبولها فقبلت بانت منه ، لكن يجب له مهر مثلها ، لأن العرف جرى بذلك . أما إذا قال خالعتك بلا عوض كان طلاقاً رجعياً . أما رواية الحنابلة فأساسها أن الأصل في شروعية الخلع أن يكون لدى المرأة رغبة عن زوجها ، وحاجة إلى فراقه ، فتسأله فراقها ، فإذا أجابها حصل المقصود من الخلع ، ويصح ما دام هناك عوض .

الجعفرية والزيدية يشترطون العوض في الخلع ، وبدونه لا يقع الخلع صحيحاً ، إلا إذا تبعه بلفظ الطلاق ، فإذا كانت المرأة مدخولاً بها ، وقع الطلاق رجعياً ، وإلا فهو بائن .

مدى مشروعية العوض

أجازت النصوص الخلع ، وأجازت العوض في مقابل الخلع ، غير أن حِلِّيَةَ أحد العوض تختلف باختلاف حالات الخلع ، إذا منها ما يحل فيها

[1]) الد المختار ورد المحتار جزء ٣ ص ٤٤٠ .

للزوجة بذل مقابل الخلع ، ويحل للزوج أخذه ، وهناك حالات أخرى لا يحل فيها ذلك ، وإليك البيان .

١) إذا كان الخلع بسبب عضل الزوج زوجته

قال تعالى " ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة " [١] . قال المفسرون العضل = حبس وتضييق ومنع وشدة وإضرار . فالرجل تكون له المرأة ، وهو كاره لصحبتها ، ولها عليه مهر ، فيضيق عليها لتفتدى نفسها . فما هو حكم أخذ الفداء – العوض – الذى تقدمه فى هذه الحالة : قال الأحناف بجواز أخذ العوض ، والعوض لازم ، لكن الزوج المخالع آثم ، عاصٍ ، لأن الزوج هو الذى عضل ليذهب ببعض أخذت الزوجة ، وفى ذلك "لعضل إكراه لها على بذل العوض بغير حق ، فلا يحل له أخذه ، وإن هو أخذ فهو آثم .

الجمهور – الشافعى ومالك وأحمد – يرون أنه إذا عضل الزوج زوجته ، وضارها لتفتدى نفسها منه ففعلت ، فالخلع ، والعوض مردود ، لأن الله تعالى قال " ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن " والعوض هنا جاء بإكراه الزوج زوجته ، فبذلت بغير حق ، فلا يحل للزوج الأخذ . والمالكية يحرمون أخذ العوض ، ويبطلون استحقاق الزوج له ، وللزوجة الحق فى استرداده .

قال مالك فى المفتدية التى تفتدى نفسها من زوجها : أنه إذا عُلِمَ أن زوجها أضر بها ، وضيق عليها ، وعُلِمَ أنه ظالم لها ، فض الطلاق وردَّ عليها مالها ، وقال : فهذا الذى كنت أسمع ، والذى عليه أمر الناس عندنا .

---

[١]) سورة النساء ١٩ .

وجاء فى الشرح الصغير للدردير أن للزوجة حيث خالعت زوجها بمال . وأدعت أنها إنما خالعته لضرر منه ، يجوز التطليق به ، ورد المال الذى أخذه الزوج منها ، إن أقامت بينة تشهد لها على الضرر .

وهناك استثناء فى حالة ما إذا جاءت المرأة بفاحشة مبينة – لا ظن فيها ولا شبهة – فإن العضل جائز ليذهب الزوج ببعض ما أتاها من صداق وغيره .

٢) إذا كان الخلع سببه كراهية الزوج لزوجته .

الرأى عند الأحناف جواز أخذ المال المبذول من الزوجة عوضاً عن خلعها – أى عوضاً عن طلاقها – إلا أنهم يحذرون فيقولون إن هذا الجواز إنما فى أحكام الدنيا ، وإنما هو حرام ديانة لأن الكراهية واقعة من جانب الزوج . يقول صاحب الهداية " وإن كان النشوز من قبله يكره له أن يأخذ منها عوضاً ، لقوله تعالى " وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج ، وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً ... " فالزوج هو الذى أوحش زوجته بالاستبدال ، فلا يزيد فى وحشتها بأخذ المال " [1] ويقول صاحب فتح القدير على قول الهداية " فإن الإجماع على حرمة أخذ مال المسلم بغير حق ، وفى إمساكها لا لرغبة – بل إضراراً وتضييقا ليقتطع مالها فى مقابلة خلاصها من الشدة التى هى فيها معه ، أخذ لمالها غير حق ، والله يقول " ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا ، ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه " فهذا دليل على حرمة أخذ مال الزوجة عن طريق المخالعة ، فيكون حراماً ، إلا

---

[1]) جزء ٦ ص١٧٥ .

أنه لو أخذ – جاز فى الحكم ، أى الحكم بصحة تملكه للعوض – ولو كان السبب خبيثاً " (١) .

٣) إذا كان الخلع سببه الخوف من عدم إقامة حدود الله (٢) .

معنى الخوف : قال القرطبى – أن يظن كل واحد منهما بنفسه أن لا يقيم حق النكاح لصاحبه حسب ما يجب عليه فيه ، لكراهة يعتقدها ، بينما يقول الزمخشرى فى تفسيره " إلا أن يخاف الزوجان ترك إقامة حدود الله فيما يلزمهما من واجب الزوجية ، لما يحدث من نشوز المرأة وسوء خلقها . فى حالة الخوف من عدم إقامة حدود الله يجوز للمرأة أن تفتدى نفسها من زوجها ، بما تبذله من مال ، ويجوز للزوج أخذ هذا المال ، قال تعالى " فإن خفتم ألا يقيما حدود الله ، فلا جناح عليهما فيما افتدت به ... "

٤) الخلع فى حالة وفاق الزوجين .

اختلف الفقهاء فى حكم الخلع فى حالة ما إذا كان الزوجان على وفاق . فقال الحنابلة إنه يكره للمرأة أن تطلب الخلع من زوجها فالعلاقة بينهما على وفاق ، والعشرة بالمعروف ، فلا يوجد ما يدعو إلى طلب الخلع ، وفى ذلك يقول ابن قدامه " إذا خالعته لغير بغض وخشية من ألا يقيما حدود الله ، يكره لها ذلك " . أما الشافعية فيجوز عندهم للزوجة – ولو كانت على وفاق مع زوجها – أن تطلب الخلع ، ولا يكره ذلك منها ، قال الشيرازى فى المهذب ، وإن لم يكره منه – أى من الزوج – شيئاً ، وتراضيا على الخلع من غير سبب جاز ، لقوله تعالى " فإن طبن لكم عن

---

(١) فتح القدير للكمال بن الهمام حزء ٣ ص٢٠٣ . وقال الثورى وإن جاء الخلع من قبله فلا يحل له أن يأخذ منها شينا . وقال الحسن بن حَىّ " إذا كانت الإساءة من قبله ، فليس له أن يخلعها بقليل ولا كثير .

(٢) يقصد بذلك الخوف من عدم حسن العشرة ، والقيام بحق الزوج وقيامه بحقها – راجع الاستذكار لابن عبد البر جزء ١٧ ص١٨١ .

شئ منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً " . فالخلع رفع عقـد النكـاح الـذى تـم بالتراضى - فجاز أن الخلع بالتراضى من غير ضرر .

يلاحظ أن الرأى السابق يقوم على التراضى على الخلع بـين الـزوجين ، والتراضى على بدل الخلع ، وعلى هذا الجمهور من الفقهاء ، فقد أجازوا للزوجة أن تهب الزوج من مهرها من غير أن تحصل لنفسها منه شـيئاً ، مقابل ما بذلته ، ومن باب أولى أجازوا لها بذل مالها فى الخلـع ، وبهـذا البذل تملك عصمتها .

أوجب ابن تيمية على الزوجة أن تطلب الخلع من زوجها إذا كان مصـراً على ترك الصلاة على الرغم من تذكير زوجته بلزوم قيامه بالصلاة ، كما فرضها الله ، فإن أبى فى هذه الحالة يجب على الزوجة أن تطلـب مـن الزوج أن يطلقها ، فإن أبى وجب عليها أن تطلب الخلع على مال تبذله له لأنه السبيل إلى قطع الزوجية بينهما ، إذ ما ينبغى للزوجـة المسـلمة أن تكون زوجة لتارك الصلاة عمداً الذى اختلف الفقها فى كفره ، أما الحنابلة فيرون استحباب طلب الخلع عندما يكون الزوج مقصراً فى العبادات التى فرضها الله .

شروط وجوب العوض فى الخلع

اشترط الأحناف لوجوب العوض فى الخلع - وهو المسمى فى عقد الخلع - شرطين :

الأول : قبول العوض . لأن قبول العوض كما هو شرط وقوع الفرقة من جانب الزوج ، فهو شرط لزوم العوض من جانب الزوجة . والعوض فى الخلع قد يكون مهر الزوجة الذى استحقته بعقد النكاح سـواء المسـمى أو

مهر المثل ، وقد يكون العوض مالا آخر . وهو المسمى بالجعل – وقبول العوض يعم العوضين جميعاً .

الثانى : يخص الجعل – أى العوض – وهو تسمية مال متقوم موجود وقت الخلع . يستوى أن يكون المال معلوماً أو مجهولاً جهالة قليلة أو كثيرة ما لم تكن متفاحشة ، فإذا وجد العوض بهذا الشرط ، وجب ، وإلا فلا يجب .

مقدار العوض فى الخلع

قال رأى بأن العوض فى الخلع يتحدد بما يتفق عليه الزوجان – أى ما تراضيا عليه من مال . هذا الراى لا يعتد بمقدار ما أعطاه الزوج لزوجته لعموم قوله تعالى " فلا جناح عليهما فينا افتدت به ... " فهذه الآية تدل على جواز الخلع بما يقل أو يكثر من الفداء وعلى هذا الرأى جمهور الفقهاء ، فإذا اتفق الزوجان على عوض يزيد أو ينقص عن المهر ، كان اتفاقاً صحيحا . وإذا اتفقا على شئ غير المهر كان الاتفاق صحيحاً ، ما دام هذا الشئ مما يقوم بمال بشرط أن يكون مالاً فى الفقه الإسلامى .

وروى أن الرُبَيِّعْ بنت مُعَوَّذْ بن عفراء اختلعت من زوجها بكل شئ تملكه ، فخوصم فى ذلك إلى عثمان بن عفان ، فأجاز الخلع وأمره أن يأخذ بِمقَاصَ رأسها فما دونه " كما روى أن عمر جاءته امرأة اختلعت من كل شئ لها ، وكل ثوب لها حتى نُقْبَها " والنقب ثوب مالإزار يشد السراويل .

لا يصح أن يكون العوض خمراً .

وقد أطلقت المادة ١/٢٠ مقابل الخلع إذ نصت على أنه " وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية وردت عليه الصداق الذى أعطاه لها " . هذا النص حدد العوض بجميع حقوق الزوجة الشرعية

وبالمهر الذى أعطاه الزوج لزوجته ، بمعنى أن مؤجل الصداق لا يدخل فيما ترده الزوجة عند الخلع .

وقال رأى أن العوض يقدر بقدر ما أعطاه الزوج لزوجته ، ولا تجوز الزيادة عليه ، وسند هذا الرأى ما قاله رسول الله صلى الله عليه وسلم لجميلة امرأة ثابت بن قيس ، أتردين عليه حديقته قالت نعم وأزيده فقال الرسول ، أما الزيادة فلا ، ولكن الحديقة . من أجل ذلك قال طاووس " لا يحل أن يأخذ اكثر مما أعطاها ، وقال عطاء " إن أخذ زيادة على صداقها ، فالزيادة مردودة . وقال الزهرى " لا يحل له أن يأخذ أكثر مما أعطاها " وقال ميمون بن مهران " إن أخذ منها أكثر مما أعطاها لم يسرح بإحسان . هذا الرأى محل نظر لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما سأل قيساً قال " حديقتى " فلم يطلب أزيد من حديقته ، والرسول لا يلزم بشئ لم يطلبه صاحبه . ولذلك لا يكون حديث جميلة امرأة ثابت بن قيس ليس نصاً فى عدم زيادة الفداء .

وهناك رأى ثالث يقول إن العوض فى الخلع يتحدد بما لزم المرأة بعقد الزواج ، وإلى هذا ذهب الزيدية .

وهناك رأى رابع يقل لا يستحب للزوج أن يأخذ فى الخلع عوضاً أكثر مما أعطى زوجته لأن النبى صلى الله عليه وسلم كره أن يأخذ الزوج من زوجته أكثر مما أعطاها .

والرأى الأخير يقول به الأحناف وهو أنه إذا كان الزوج هو السبب فى إجراء المخالعة لعدم إيفاء الزوجة حقوقها لا يحل له يأخذ منها شيئاً من العوض على الخلع لقوله تعالى " وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئا " الآية نهت عن أخذ مما آتاها

من المهر وأكدت ذلك بقولها " أتأخذونه بهتاناً وإثماً مبينا " وقال تعـالى " ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض مت آتيتموهن " بمعنى لا تضـيقوا علـيهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن " إلا أن يأتين بفاحشة مبينة " إى إلا أن ينشزن . فالآية فيها نهى الأزواج عن أخذ شئ مما أعطوه للزوجات واستثنى حالة نشوزهن وحكم المستثنى يخالف حكم المستثنى منه ، فيقضى حرمة أخـذ شئ مما أعطوهن عند عدم النشوز فهن . وأضاف الأحناف أن هذا حكـم الديانة ، فإن جاز ذلك فى الحكم ولزم حتى لا تملك الزوجة استرداده مـن أهل المعاوضة والرضا فيجوز فى الحكم والقضاء .

أما إذا كانت الزوجة هى المتسببة فى إجراء المخالعة لعدم قيامهـا بحـق الزوج فإنه يجوز للزوج أن يأخذ منها بقدر ما أعطاه لها لا أكثر .

يقول صاحب الهداية : إن كل النشوز من قبله ، يكره له أن يأخـذ منهـا عوضا . وإن كان النشوز منها كره له أن يأخذ أكثر مما أعطاها ، ولـو أخذ الزيادة جاز قضاء ، وكذلك إذا أخذ الزيادة والنشوز منه [1] .

رأى الأحناف فى العوض الذى فيه زيادة على قدر المهر

هناك روايتان عند الأحناف فى زيادة عوض الخلع عن قدر المهر **الرواية الأولى** تقول إن الزيادة مكروهة ، فقد روى عن على رضى الله عنه أنـه كره للزوج أن يأخذ من زوجته أكثر مما أعطاها . وقال تعالى " ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً إلا أن يخافا أن لا يقيما حدود الله ، فإن لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به " (البقرة ٢٢٩) فالآيـة فيها نهى عن أخذ شئ من ما أعطاه تازوج لزوجته من المهر ، واستثنت القدر الذى اعطاه من المهر عند خوفها ترك لإقامة حدود الله . والنهى عن

[1]) الهداية جزء ٣ ص٢٠٣ .

أخذ شئ من المهر نهى عن أخذ الزيادة على المهر بطريق الأولى . يضاف إلى ذلك أن امرأة ثابت بن قيس لما قال لها رسول الله صلى لاالله عليه وسلم أتردين عليه حديقته ، قالت نعم وزيادة ، قال لها الرسول " أما الزيادة فلا " فهذا نهى عن الزيادة رغم أن النشوز من قبلها . وبهذا يبين أن المراد من قوله تعالى " فيما افتدت به " قدر المهر لا زيادة عليه .

الرواية الثانية - أن الزيادة فى العوض على قدر المهر غير مكروهة وإلى هذا ذهب الشافعى . وسند هذه الرواية أن الله تعالى قال " فلا جناح عليهما فيما افتدت به " فالآية رفعت الجناح عن الزوجين فى الآخذ والعطاء من الفداء من غير فصل بين ما إذا كان مهر المثل أو زيادة عليه ، فيجب العمل بإطلاق النص . هذا فضلاً عن أن المرأة تعطى من مال نفسها عن طيب خاطر منها ، والله تعالى يقول " فإن طبن لكم عن شئ منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً "

ونرى أن الرواية الثانية هى الأولى بالاتباع ، لأنها تتفق مع الواقع الذى يثور بين الزوجين عند المخالعة وقد جاءت الآية الكريمة واتطلقت الفداء ، ورفعت الجناح عن الزوجين فى قبوله .

القانون وبدل الخلع

نصت المادة ١/٢٠ على أنه " فإن لم يتراضيا عليه - أى على الخلع - وأقامت الزوجة دعواها بطلبه وافتدت نفسها ، وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية ، وردت عليه الصداق الذى أعطاه لها ، حكمت المحكمة بتطليقها عليه " فتطليق القاضى - طبقاً لهذا النص - شرطه العوض ، هذا الطلاق يسميه الأحناف خلع بعوض أى الخلع

المقرون بالعوض وهو أحد نوعى الخلع عندهم . والخلع عند المالكية هو الطلاق بعوض .

وقد حدد القانون مقدار العوض ، فأصبح تقديره بالقانون فى " جميع الحقوق المالية والشرعية ، والصداق الذى أعطاه الزوج لزوجته " وهذا التقدير من القانون جاء مطلقاً لأن الحقوق المالية الشرعية عامة تشمل ما فى ذمة الزوجة – فهى حقوق مالية شرعية . غير أننا نرى أن المقصود بالحقوق المالية الشرعية هى الحقوق التى تعتبر من آثار العلاقة الزوجية كالنفقة التى استحقت قبل الخلع ، ونفقة العدة بعد الخلع ، والمتعة ، وكل الأجور التابعة لنفقة الزوجة ولها شبهة بالنفقة . ويدخل فى ذلك ما أعطاه الزوج من صداق الزوج لزوجته – دون ما هو باق منه فى ذمته .

والتحديد السابق لا يتأثر بتنازل الزوجة أو عدم تنازلها لأن القانون فرض عليها التنازل حين قال " وخالعت زوجها بالتنازل " ولذلك إذا رفعت دعوى الخلع من الزوجة أمام القاضى يتعين عليه أن يذكر بأسباب حكمه أن العوض هو جميع الحقوق الشرعية التى للزوجة على زوجها وإن يتحقق من الصداق الذى دفعه الزوج – ليكون العوض الذى عليه حكم التطليق ثابتاً بأسباب الحكم ، وليقطع الخلاف بعد الخلع على حقوق أى من المتخالعين قبل الطرف الآخر .

هذا ويلاحظ أن نص المادة ١/٢٠ حينما حدد الخلع بما نص عليه لم يسلب إرادة طرفى الخلع ، لأن تحديد المشرع إنما يطبق إذا سكت الطرفان عن تحديد العوض . ولذلك إذا حددت الزوجة عوضاً للخلع – لا يتنافى مع تحديد الشرع لبدل الخلع – وجب على القاضى أعمال العوض إذا لم ينازع الزوج فيه ويذكر ذلك بأسباب حكمه . وعلى هذا الأساس يصح أن يكون

الخلع على النفقة – نفقة الزوجة – وحده أو علـــى المهــر المعجــل دون المؤجل وبالعكس . ويصح أن يكون الخلع على أجره مسكن المختلعة فـــى خلال عدتها ، ويصح الخلع عن كل هذا . يقول الكاسانى لو خالع زوجته على نفقة العدة صح ولا يصح الخلع على السكنى ، لأن السكنى تجب حقاً لله تعالى لقوله تعالى " لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يـــأتين بفاحشة مبينة " غير أنه إذا كان الخلع على مؤونة السكنى صح الخلـــع . ويقول ابن عابدين ، فتسقط النفقة لا السكنى لأنها حق الشرع إلا إذا أبرأته من مؤونة السكنى فيصح الخلع إذا كانت ساكنة فى بيت نفسها ، أو تعطى الأجرة من مالها فيصح التزامها ذلك .

نصت المادة ٣/٢٠ على أنه " ولا يصح أن يكون مقابـــل الخلـــع إســـقاط حضانة الصغار ، أو نفقتهم ، أو أى حق من حقوقهم " هذا النص يدل على أنه لا يصح أن يكون عوضاً فى الخلع أى حق مـــن حقـــوق الصـــغار . وضرب النص مثالاً بحضانة الصغير ، فلا يصح أن يكون إسقاط حضانته مقابلاً للخلع ، كما أنه لا يصح أن يكون إسقاط نفقة الصغير مقابلاً للخلع . ويدخل فى ذلك إرضاع الصغير ، وغير ذلك من الحقوق المتعلقة به .

حضانة الصغير فيها حقوق ثلاثة حق الأم أن تحضن صـــغيرها ، وحـــق الصغير أن تحضنه أمه ، وحق الأب أن تكون الأم حاضنة لولده منهـــا . ومما لا شك فيه أن حق الأم فى حضانة صغيرها هو حق خالص يجـــوز لها التنازل عنه ، وهو حق يجوز أن تخالع زوجها عليه ، ولذلك لم يكـــن النص سديداً إذ قرر " لا يصح أن يكون مقابل الخلـــع إســـقاط حضـــانة الصغار ، أو نفقتهم " . ذلك أن الزوجة لإذا تخالعت مع زوجها علـــى أن تتحمل نفقة أولاده منها صح العوض – لأن نفقة الصغار لم تسقط وإنمـــا

تحملتها الزوجة المخالعة ، لأن المقصود بالاسقاط هنا الاشقاط الذى يضيع على الأولاد النفقة ، فإذا التزمتها الأم فلا تسقط النفقة بالنسبة لهم .

أقوال الفقهاء فى الخلع على نفقة الصغير وحضانته

أجاز الأحناف أن يكون بدل الخلع تحمل الزوجة نفقة الصغير وحضـانته عندها لمدة معلومة بشرط عدم الإضرار بالصغير ، ولا المساس بحقـه ، فإذا كان فى البدل مساس بحق الصغير صح الخلع وبطل العوض . وهذه هى نصوص الأحناف .

جاء فى الفتاوى المهدية " امرأة اختلعت من زوجها على مهرهـا ونفقـة عدتها وعلى أن تمسك ولدها منه ثلاث سنين أو عشر سنين لنفقتها صـح الخلع وتجبر على ذلك وإن كان مجهولاً ، فإن تركته على زوجها المخالع وهربت ، فللزوج أن يأخذ قيمة النفقة منها . ولو اختلعت على أن تمسـك الولد إلى وقت البلوغ صح الخلع .

ولو اختلعت المرأة على أن تمسك الولد إلى وقت البلوغ صـحَّ الخلـع إذا كان الولد أنثى أما الابن فلا يصح لأنه يحتاج إلى معرفـة آداب الرجـال والتخلق بأخلاقهم ، فإذا طال مكثه عند الأم تخلق بأخلاق النساء . وكذلك يصح الخلع إذا كان العوض أن يكون الولد الصغير عند أبيه سنين معلومة ، ولكن الشرط يبطل لأن بقاء الولد الصغير عند أمه حق الولد فلا يبطـل حقه بإبطالها [1] .

والمالكية يقولون بجواز أن يكون العوض فى الخلع تعهد المختلعة بالإنفاق على ولدها مدة الرضاع أو أكثر . ويجوز عندهم أن يكون العـوض فـى

---

[1]) الفتاوى الهندية جزء ١ ث٤٩٠ وما بعدها .

الخلع إسقاط الأم حضانة ولدها من زوجها المخالع وتنتقل إليه الحضانة ، وقريب من هذا فقه الشافعية والحنابلة .

النزاع حول الخلع

أ) إذا ادعت المرأة الخلع ، وأنكره الزوج . فإذا أقامت المرأة شاهدين شهد أحدهما بأن العوض ألف جنية ، وشهد الآخر بألف وخمسمائة ، فالشـــهادة باطلة ، لأن المرأة تدعى أحد الأمرين – لا محالـــة – الألـــف أو الألـــف وخمسمائة – فتكون مُكَذِّبة لأحد شاهديها والخلع فى جانبها قياس على البيع ، وشهود البيع إذا اختلفوا فى جنس الثمن – أو فى مقداره . بطلت الشهادة ، فكذلك فى الخلع إذا اختلفا فى جنس العوض فالشهادة باطلة ، لأن كـــل واحد من الشاهدين شهد بالطلاق بعوض آخر ، ولا يمكن إيجاب واحد من العوضين عليها . فلو حكم بالطلاق لحكم به بغير عـــوض ، وقـــد اتفـــق الشاهدان على أن الزوج ما أوقع الطلاق بغير عوض .

ب) إذا كان الزوج هو المدعى للخلع ، والمرأة منكرة ، فشهد أحد شاهديه بعوض مقداره ألف جنيه وشهد الآخر بألف وخمسمائة جنية ، فـــإن كـــان الزوج يدعى ألف وخمسمائة جنية ، جازت شهادة الشاهدين على الألـــف فقط ، وسبب ذلك أن الطلاق وقع بإقرار الزوج ، وبقى منه دعوى المـــال ومن ادعى على غيره ألفاً وخمسمائة ، فشهد شاهدان أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة تقبل شهادتهما على الألف لاتفاق الشاهدين عليهـــا لفظـــاً ومعنى ، أما إذا ادعى الزوج الخلع على ألف جنية لم تجز شهادة الشاهدين وسبب ذلك أن المخالع كذب أحد شاهديه وهو الشاهد الـــذى شـــهد بـــألف وخمسمائة جنية . والمدعى إذا أكذب شاهده بطلت شهادته له ، والطـــلاق

واقع بإقراره . وكذلك الحال إذا اختلف الشاهدان فى جنس الجعل لأن الزج مكذب لأحدهما لا محالة .

ج) إذا اختلعت الزوجة بشئ ، معروف مسمى ، ولها على الزوج مهر ، وقد دخل زوجها بها – أو لم يدخل بها – لزمها ما سمت له من عوض . أما المهر المسمى – فعند أبى حنيفة فلا شئ لها منه ، وإذا كانت قد أخذت المهر ، وخلعها قبل الدخول ، على شئ مسمى ، فليس للزوج أن يرجع عليها بما قبضته من المهر ، لأن الخلع والمبارأة عند أبى حنيفة يوجبان براءة كل واحد من المتخالعينْ من الحقوق الواجبة بالنكاح ، حتى لا يرجع أحدهما على صاحبه بشئ بعد ذلك .

قال أبو يوسف ومحمد إن المرأة إذا خالعت زوجها على شئ مسمى ، ولها مهر مسمى ، لها أن ترجع بالمهر إن كان قد دخل بها ، وبنصف المهر إن لم يدخل بها ، وإذا كانت قد قبضت المهر فإن لزوجها أن يرجع عليها بنصف المهر إذا كان الخلع قبل الدخول .

وحاصل الخلاف بين أبى حنيفة وصاحبيه هو : أن الخلع فى معنى المبارأة عند أبى حنيفة ويوجبان براءة كل واحد من المتخالعين عن صاحبه من الحقوق الواجبة بالنكاح ، حتى لا يرجع أحدهما على صاحبه بشئ . ووجه قول أبى حنيفة : هو أن المقصود بعقد الخلع أو المبارأة ، لا يتم إلا بإسقاط الحقوق الواجبة بالنكاح ، فلإتمام هذا المقصود تَعدَّى حكم هذا العقد إلى الحقوق الواجبة بالنكاح لكل واحد منهما ، وهذا لأن الخلع إنما يكون عند النشوز ، وسبب النشوز الصلة التى بينها بسبب النكاح ، فتمام انقطاع المنازعة والنشوز ، إنما يكون بإسقاط ما وجب باعتبار تلك الصلة ، وفى لفظها ما يدل عليه ، والمبارأة مشتقة من البراءة ، والخلع مشتق من الخَلْعِ

، وهو الانتزاع . أما إذا كان العقد بلفظ الطلاق فقد روى عن أبى حنيفة أنه يسقط الحقوق الواجبة أيضاً بالنكاح لإتمام المقصود ، أما فى ظاهر الرواية فليس فى لفظ الطلاق ما يدل على إسقاط الحقوق الواجبة بالنكاح ، فلهذا لا تسقط ، أم سائر الديون الأخرى فوجوبها – ما كان بسبب وصلة النكاح والنشوز والمنازعة ، ولم تتحقق فيه ، فلهذا لا يسقط . أما نفقة العدة فهى غير واجبة عند الخلع ، إنما تجب شيئاً فشيئاً ، والخلع والمبارأة إسقاط ما هو واجب بحكم النكاح فى الحال .

وعند محمد الخلع والمبارأة لا يوجبان إلا المسمى بالعقد ، وفيما سوى ذلك من حقوق النكاح يجعل كالفرقة بغير جعل (عوض) بالطلاق . ووجه قوله – أن هذا الطلاق بعوض ، فيجب به العوض المسمى ولا يسقط شئ من الحقوق الواجبة كما لو كانت الفرقة بلفظ الطلاق ، وسبب هذا أنه لا تأثير لعقد المعاوضة – أى الاتفاق على الخلع – إلا فى استحقاق العوض المسمى به ، والدليل على هذا أنه لو كان لأحدهما على الآخر دين واجب بسبب آخر ، أو يمين فى يده ، لا يسقط بشئ من ذلك بالخلع أو المبارأة . فكذلك الحقوق الواجبة عليه بالنكاح ، والدليل على ذلك أيضاً أن نفقة العدة لا تسقط ، وهى من الحقوق الواجبة بالنكاح ، فكذلك المهر ، بل أولى لأن النفقة أضعف .

أبو يوسف يتفق مع أبى حنيفة فى المبارأة ، وفى الخلع يقول بما قال به محمد ، فى شأن من اختلعت بشئ معروف مسمى ، ووجه قوله فى المبارأة أن بها يتحقق معنى البراءة نصاً كما ذهب أبو حنيفة . وفى الخلع – قال ليس فيه معنى البراءة من الحقوق الواجبة ، فجعل لفظ الخلع لمعنى الطلاق .

وفى بيان الفرق بين الآراء السابقة نقول إن الزوجة إذا كان مهرها ألف جنية ، واختلعت من زوجها قبل الدخول على مائة جنية من مهرها فليس لها أن ترجع على زوجها بشئ ، عند أبى حنيفة ، لأن الخلع عنده فى معنى المبارأة ، والإبراء إسقاط ، فكان إسقاط من كل واحد من الزوجين للحقوق المتعلقة بالعقد المتنازع فيه . وعند محمد وأبى يوسف لها أن ترجع على زوجها بأربعة مائة جنية ، لأنها لها نصف المهر للخلع قبل الدخول لأن الخلع عندهما طلاق على مال ولا يسقط إلا ما سمياه وهو مائة جنية ، ولها أن تطالب بباقى نصف المهر وهو هنا أربعمائة جنية .

الطلاق الواقع بالخلع

اختلف الفقهاء فى شأن وصف الفرقة بالخلع إلى عدة آراء .

١) قال الشافعية فى – المذهب القديم – إن الخلع صريح فى الفسخ ودليل هذا الرأى أن الله سبحانه وتعالى قال " الطلاق مرتان ... " إلى قوله " فلا جناح عليهما فيما افتدت به " ثم قال " فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره " فلو كان الخلع طلاقاً لصار مع الطلقتين المتقدمتين ثلاثاً وحرمت على زوجها حتى تنكح زوجاً غيره ، ولما قال سبحانه بعد ذلك " فإن طلقها " يعنى الطلقة الثالثة – " فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره ، لأنه طلقها الثالثة ، وصار التحريم متعلقاً بأربع لا بثلاث . ورتب أصحاب هذا الرأى على ذلك أن الزوج المخالع لو نكحها بعد الفسخ كانت معه ثلاث تطليقات ، وإذا كان الخلع طلاقاً فإن نكحها بعده لكانت معه على طلقتين . كما أنه لو كان طلقها طلقتين ، ثم خلعها وكان الخلع فسخاً حلت له قبل أن تتزوج بغيره ، ولو كان الخلع طلاقاً لم تحل له حتى تتزوج زوجاً غيره . وهناك رأى عند الحنابلة بأن الخلع فسخ .

وهناك قول آخر عند الشافعية يقول إن الخلع صريح فى الطلاق .

٢) الخلع طلاق بائن – قال بذلك الأحناف والمالكية ، ورأى عند الحنابلة ورأى عند الشافعية ورأى عند الظاهرية . وحجة هذا الرأى :

أ) أن الخلع طلاق بعوض يملك فيه الزوج العوض ، فلابد أن تملك الزوجة نفسها تحقيقاً للعوض الذى بذلته ، وهى لا تملك نفسها إلا بالطلاق البائن .

ب) لفظ الخلع يدل على الطلاق لا الفسخ .

ج) روى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن " الخلع تطليقة بائنة "

د) جاء فى بداية المجتهد أن " نوع الخلع – فجمهور العلماء على أنه طلاق بائن وبه قال مالك .

٣) الخلع طلاق رجعى – وبذلك قال سعيد المسيب فى المختلفة " إن شاء أن يراجعها فليردْ عليها ما أخذ منها – فى العدة وليشهد على رجعتها "

قال ابن حزم " ما وجدنا " قط " فى دين الإسلام عن الله تعالى ولا عن رسوله صلى الله عليه وسلم طلاقاً بائناً لا رجعة فيه إلا الثلاث مجموعة أو مفرقة ، أو التى لم يطأها ولا مزيد . وأما ما عدا ذلك فأراء لا حجة فيها . وأما رده ما أخذ منها ، فإنما أخذه لئلا تكون فى عصمته ، فإذا لم يتم له مرادها ، فمالها الذى لم تعطه إلا لذلك مردود عليها (١) .

والجعفرية يقولون إن الخلع طلاق بائن ويصير رجعياً إن رجعت المختلعة فى العوض الذى بذلته لزوجها ، فيكون لزوجها حق مراجعتها فى العدة .

وإزاء هذا الخلاف فى وصف الفرقة بالخلع رجح شيخ الإسلام ابن تيمية الرأى القائل بأن الواقع بالخلع فسخ وليس طلاقاً بائناً . فقد قال بأنه ثابت

---

(١) راجع المحلى لابن حزم الظاهرى جزء ١٠ ص٢٣٩ وما بعدها .

عن ابن عباس باتفاق أهل المعرفة بالحديث وهو قول أصحابه طـاووس وعكرمة واحد قولى الشافعى وهو ظاهر مذهب أحمد بن حنبل وغيره من فقهاء الحديث وإسحاق بن راهويه ، وابن خزيمة . واستدل ابن عباس على ذلك بأن الله تعالى ذكر الخلع بعد طلقتين ثم قال طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره " فلو كان الخلع طلاقاً لكان الطلاق أربعاً " [1] .

ونحن نميل لهذا الرأى لأنه يفتح باب اليسر أمام الزوجين ليتدبرا الأمـر ، كما فتح الله باب الرجعة أمام الزوجين فى الطلاق الرجعى ، هذا بالإضافة إلى أن الرأى الذى يذهب إلى عودة الحياة بين الـزوجين – دون مخالفـة لنص تشريعى – أيسر وأبر عند الله من الرأى الذى يوصد الباب ويقطـع خط الرجعة على من يظن العودة إلى زوجته صالحة .

ولا ندرى لماذا اختار مشرعنا الوضعى الطريق الصعب ونص المادة ٢٠ من القانون " ويقع بالخلع فى جميع الأحوال طلاق بائن " ، ثم زاد فى غلق الباب على الزوجين بالنص على أنه " ويكون الحكم فى جميـع الأحـوال غير قابل للطعن فيه بأى طريق كم طرق الطعن " والمشرع بهذا المـنهج المتشدد ظلم المرأة ، وأغلق الباب فى أمل عودة الحياة الزوجية بينهما [2] . والفقه فيه متسع للإصلاح ، وعودة الأمور بين الـزوجين إلـى الـود والرحمة والسكن .

الطلاق على مال

الطلاق على مال – عند الأحناف – يأخذ أحكام الخلع – لأن كلاً منهمـا طلاق فيعتبر فى الطلاق على مال ما يعتبر فى الخلع .

---

[1]) المفصل فى أحكام المرأة د / عبد الكريم زيدان جزء ٨ ص٢٢١ .

[2]) اتصلت إحدى سيدات المجتمع المتفقات بمؤلف هذا الكتاب تسأل عن مخرج بعد الحكم خلعا بناء على طلبها ، بعد أن ندمت على لجونها لهذا الطريق ، واسفزازها لزوجها بدون مبرر ، وتريد الرجوع إلى الحياة الزوجية معه .

وجه الخلاف بين الخلع والطلاق على مال يظهر بالنسبة للعوض . وبيان ذلك :

إذا بطل العوض فى الخلع يبقى الطلاق الواقع به بائناً - كما إذا خالع الرجل امرأته على مالاً يصح - فى الشرع - اعتباره عوضاً كالخلع على عوض محرم شرعاً ولحم الخنزير . أما فى الطلاق على مال - إذا بطل المال (العوض) يقع الطلاق رجعياً - مثال ذلك أن يكون الطلاق على عوض سمياه وهو ليس بمال مُتَقَوِّمْ .

سبب هذه التفرقة - كما يقول الأحناف - أن الخلع كناية والكنايات مبينات . أما الطلاق على مال فصريح فى الطلاق ، ولا تثبت البينونة فيه إلا بثبوت العوض - إذا صحت التسمية ، فإذا لم تصح التسمية ، التحقت بالعدم ، فيبقى صريح الطلاق ، فيكون رجعياً .

دور القاضى فى الخلع

جمهور الفقهاء على أن الخلع طلاق لا يحتاج إلى إذن الحاكم أو حكم يصدر منه ، فإذا اتفق الزوجان على الخلع وعوضه وقع الطلاق من حاجة إلى حكم به وسند الجمهور :

١) الطلاق جائز دون الحاكم ويقع بدون حكم يصدر منه بذلك ، فكذلك الخلع طلاق .

٢) أن الله عز وجل قال " فإن خفتم ألا يقيم حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به " الخطاب ليس خطاباً للحاكم ، وإنما هو حكم الدين بتمكين الزوجين من التخالع إذا خافا ألا يقيما حدود الله ، أى الخوف بعدم القيام بالواجب ، وليس المراد وجوب الترافع أمام القاضى لأخذ الإذن - أو لإجازة - بالخلع فيما بينهما .

٣) إن كتاب الله عز وجل أجاز الخلع ، فأباح للزوج أخذ العوض " فيما افتدت به " بالتراضى من غير حاكم .

٤) الخلع معاوضة . أى إيجاب وقبول – كالنكاح والبيع ، وكل هذه التصرفات لا تحتاج إلى إذن القاضى .

قال رأى بضرورة إذن القاضى لجواز الخلع لأن الله تعالى قال " فإن خفتم ألا يقيما حدود الله " والخوف هنا موجه لغير الزوجين لأن الله لم يقل " فإن خافا " والمراد هنا القاضى ".

والرأى الراجح ما ذهب إليه الجمهور لقوة سنده ، وضعف استدلال مخالفوهم . ولذلك تقول المحكمة الاتحادية العليا بأبى ظبى " إذا تم الخلع أمام القاضى فأثبته ، وصدق عليه فإنه لا يكون قائماً بالفصل فى خصومة ، لأن تصديق القاضى على الخلع لا يعدو أن يكون توثيقاً له ، ولا يعد قضاءاً له حجة الشئ المحكوم فيه ، فلا يجوز الطعن عليه بالطريق المقررة للأحكام ، وإنما يجوز رفع دعوى مبتدأة ببطلانه [1] .

شروط التطليق فى دعوى الخلع

اشترطت المادة ٢٠ توافر شرطين قبل الحكم بالتطليق فى دعوى الخلع :

الشرط الأول : أن تقوم المحكمة بمحاولة الصلح بين الزوجين ، فإن قبلاه انتهت الدعوى التى أقامتها الزوجة طالبة الخلع ، وعاد الزوجان إلى الحياة الزوجية على النحو الذى رضيا به أمام المحكمة .

ومحاولة الصلح ليس لها حدود ، ولا طريقة معينة ، ولذلك قضت محكمة النقض " بأن مجرد عرض الصلح ، وقبوله من الزوج ورفضه من الزوجة كاف لإثبات عجز المحكمة عن الصلح بين الزوجين . وقالت أيضاً " إن

---

[1]) طعن شرعى ١٦/١٠٢ قضائية السنة ١٦ ص١٤٦٩ .

التفويض فى الصلح فى دعوى التطليق يستتبع التفويض برفضه ، مما مفاده أن رفض وكيل المطعون ضدها للصلح المفوض فيه يكفى لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين .

ولا يشترط لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين أن يمثلا معاً بشخصيهما أمام المحكمة ، وإنما يكفى حضور وكيلين مفوضين بالصلح عنهما ، ورفض أحدهما للصلح كاف لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين .

الشرط الثانى : ندب حكمين لموالاة مساعى الصلح بين الزوجين .

لم يكتف نص المادة ٢٠ بمحاولات الصلح التى تقوم بها المحكمة ، وإنما أضاف إجراء آخر تقوم به المحكمة هو " ندب حكمين يقومان بموالاة الصلح الذى حاولته المحكمة ، ولم تصل فيه إلى التصالح بين الزوجين .

هذان الحكمان تكون مهمتهما التعرف على أسباب الخلاف والشقاق الذى أدى بالزوجة إلى طلب الخلع ، وعليهما أن يبذلا الجهد للإصلاح ، فإن أمكن لهما على طريقة معينة ، قرراه ، وأعاد الزوجين إلى الحياة الزوجية ، وقدما للمحكمة تقريرهما بذلك ، وعليهما – أيضاً – أن يقدما تقريراً عند عجزهما عن الإصلاح بين الزوجين ، مبيناً به أم رأياه من خلاف .

تكون موالاة مساعى الصلح على الوجه المبين بالفقرة الثانية من المادة ١٨ ، والفقرتين الأولى والثانية من المادة ١٩ من هذا القانون .

نصت الفقرة الثانية من المادة ١٨ على أنه " وفى دعاوى الطلاق والتطليق لا يحكم بهما إلا بعد أن تبذل المحكمة جهداً فى محاولة الصلح بين الزوجين وتعجز عن ذلك ، فإن كان للزوجين ولد تلتزم بعرض الصلح

مرتين على الأقل تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوماً ولا تزيد على ستين يوماً " .

ونصت المادة الأولى من المادة ١٩ على أنه " فى دعاوى التطليق التى يوجب فيها القانون ندب حكمين يجب على المحكمة أن تكلف كلاً من الزوجين بتسمية حكم من أهله قدر الإمكان فى الجلسة التالية على الأكثر ، فإن تقاعس أيهما عن تعيين حكمه أو تخلف عن حضور هذه الجلسة عينت المحكمة حكماً عنه "

ونصت الفقرة الثانية من المادة ١٩ على أنه " وعلى الحكمين المثول أمام المحكمة فى الجلسة التالية لتعيينها ليقررا ما خلصا إليه معاً ، فإن اختلفا أو تخلف أيهما عن الحضور تسمع المحكمة أقوالهما أو أقوال الحاضر منهما بعد حلف اليمين .

وحاصل النصوص السابقة

١) دعوى الطلاق أو التطليق

إذا كانت الدعوى بطلاق أو تطليق ، فعلى المحكمة أن تبذل جهداً فى محاولة الصلح بين الزوجين وعليها أن تسألهما عما إذا كان بينهما أولاد من عدمه . وسبب ذلك أن محاولة الصلح تختلف فى حالة وجود ولد بينهما عنها فى حالة عدم وجوده .

أ) إذا لم يكن بين الزوجين ولد – ذكر أو أنثى – فإن عرض الصلح عليهما يكفى فيه مرة واحدة . ولا يمنع ذلك – إن رأت المحكمة – أن تعرض الصلح أكثر من مرة .

ب) إذا كان بين الزوجين – ولد ذكر كان أو أنثى – أو أولاد ، فإن على المحكمة أن تعرض عليهما الصلح مرتين على الأقل تفصل بين كل مرة

والثانية مدة لا تقل عن ثلاثين يوماً ولا تزيد عن ستين يوماً . والمحكمة غير مقيدة بعرض الصلح مرتين إذ يجوز لهـا - إن رأت مبرراً - أن تعرض الصلح أكثر من مرتين ، وفى هذه الحالة لا تلتزم بمدة الستين يوماً - الحد الأقصى لعرض الصلح مرتين ، لأن قول النص " عرض الصلح مرتين على الأقل " يفيد جواز عرض الصلح أكثر من مرتين ، ويكون للصلح فى المرة الثالثة زمن آخر تنفرد المحكمة بتحديده .

ويلاحظ أن المشرع ألزم المحكمة بذل الجهد فى محاولة الصلح ولا تطلق إلا إذا عجزت عن الإصلاح بين الزوجين - وهذا يقتضى وقتاً قد يطول فى حين أن المشرع بالفقرة الأولى من نص المادة بعد أن ألزم المحكمة فى دعاوى الولاية على النفس أن تعرض الصلح على الخصوم ، وضع قرينة اعتبر فيها من تخلف عن الحضور جلسة الصلح مع علمه بها - بغير عذر مقبول رافضاً للصلح ، فى حين أن العلم بالصلح قد يكون علماً حقيقياً ، وقد يكون علماً حكيماً ، هذا فضلاً عن الاختلاف فى تقدير الأعذار ، ولذلك كان من الأفضل أن ينص القانون على إعادة إعلان من تخلف عن جلسة الصلح ، حتى يعطى فرصة أفضل لمحاولة الإصلاح بين الزوجين .

٢) دعاوى التطليق التى يوجب القانون فيها ندب حكمين . وهى دعوى التطليق للضرر إذا تكررت شكوى الزوجة مادة ٦ ق ١٩٢٩/٢٥ ، ودعوى التطليق من خلال الاعتراض على إعلان دعوة الزوج لها للعودة لمنزل الزوجية مادة ٥/١١ مكرراً ثانياً .

فى هذه الدعاوى أوجب القانون على المحكمة أن تكلف كلا من الزوجين بتسمية حكم من أهله . ويكون التكليف من المحكمة فى الجلسة التالية على الأكثر . والمقصود بالجلسة التالية فى دعوى التطليق للضرر للمرة الثانية

، وهى الجلسة التالية للجلسة الأولى ، ويقصد بها فى دعوى التطليق من خلال الاعتراض على إعلان الزوج زوجته بالعودة لمنزل الزوجية – الجلسة التالية للجلسة التى طلبت فيها التطليق .

هذا ويلاحظ أن الوجوب الذى ذكره النص لا يمنع الزوجة أن تسمى حكمها فى صحيفة الدعوى أو أن تسمى حكمها فى الجلسة التى تطلب فيها التطليق من خلال الاعتراض .

إذا تقاعس الزوجان أو أحدهما فى تعيين حكمه ، أو تخلف عن الحضور فى الجلسة التالية عينت المحكمة حكماً عنه . ونرى أن تخلف أحد الزوجين فى الجلسة التالية لا يبرر تعيين حكم من المحكمة عنه وإنما يجب عليها إعلانه بذلك لاحتمال أن يكون تخلف الزوجة تنازلاً عن الدعوى أو تخلف الزوج عن الحضور لطلاق صدر منه .

أوجب القانون على الحكمين أن يباشر عملهما بالسعى بين الزوجين عقب جلسة تعيينهما وإن ينتهيا إلى تحديد ما وصلا إليه من صلح أو تفريق قبل الجلسة التالية للجلسة التى عينتها فيها . وهذا ظاهر من قول النص " وعلى الحكمين المثول أمام المحكمة فى الجلسة التالية لتعيينهما ليقررا ما خلصا إليه معاً .

إذا حضر الحكمان أمام المحكمة فى الجلسة التالية لجلسة تعيينهما ، فإن الأمر لا يخلو من فرضين :

١) يتفقا على رأى فى أمر الزوجين . فى هذه الحالة تقدر المحكمة ما ذهبا إليه ، ولها أن تأخذ به ، أو تطرحه .

٢) إن يختلف الحكمان فى الرأى أو يتخلف أحدهما . فى هذه الحالة توجه المحكمة لهما أو للحاضر منها اليمين . ثم تسمع أقوالهما أو أقوال الحاضر

منهما . ولها بعد ذلك أن تأخذ بما انتهيا إليه ، أو بأقوال الحاضر منهما . أو تأخذ بغير ذلك مما تستقيه من أوراق الدعوى . ومؤدى هذا أن الحكمين عند اختلافهما أو عند تخلف أحدهما يصيران شاهدين تحلفهما المحكمة اليمين على أن يشهد بالحق ، وتخضع أقوالهما لتقديرها ، ويكون لها الأخذ بشهادتهم أو طرحها إذا رأت فى أوراق الدعوى ما يكفى لتسبيب النتيجة التى تصل إليها .

يلاحظ عند تحليف الحكمين اليمين على أن يشهدا بالحق – المفروض أنهما مختلفان – فإن شهادتهما لا تتفق على فعل يوجب التطليق ، ومن ثم لا ينعقد النصاب على ضرر يصلح سنداً للقضاء بتطليق الزوجة على زوجها ومن باب أولى إذا تخلف حكم وسمعت شهادة حكم واحد . لأن الشهادة على الضرر عند المالكية هى رجلان لا رجل وامرأتان ، وعند الأحناف ، رجلان أو رجل وامرأتان . وعلى هذا يكون النص على أنه " وللمحكمة أن تأخذ بما انتهى إليه الحكمان – إن اتفقا على أمر معين يوجب التطليق – متفقاً مع الحكم الشرعى . أما قوله " أو بأقوال أيهما " فيه خروج على الحكم الشرعى . كما أن قول النص " أو بغير ذلك مما تستقيه من أوراق الدعوى " يدعو إلى التساؤل – إذا كانت أوراق الدعوى فيها ما يكفى للحكم ، فلماذا طلب النص ندب الحكمين .

يلاحظ أن نص المادة ١٩ لم يتطلب تعيين حكم ثالث .

وصف الحكم الصادر بالتطليق للخلع وحجيته

نصت المادة ٢٠ من القانون على أنه " ويقع بالخلع فى جميع الأحوال طلاق بائن " . ومؤدى هذا أنه لا يجوز للزوج مراجعة زوجته فى هذا الطلاق . وسبب هذه البينونة أن الخلع طلاق بعوض ، تشترى به الزوجة

عصمتها . إلا أنه يشترط فى العوض عند من يقول أن الخلع طلاق بائن ، أن يكون هناك تراض بين الزوجين على العوض ، بما مؤداه أن العوض الذى يفرضه القاضى على الزوج – عند اختلاف الزوجين عليه – لا يكون ركناً صحيحاً للخلع ، ويكون الطلاق الصادر من المحكمة مفروضاً على الزوج ممن لا يملك فرضه عليه ، لأن الطلاق بيد الزوج . والتطليق له أسباب إن تحققت فى جانب الزوج يطلق عليه كما هو الحال فى التطليق للضرر – إذا تحقق الضرر – وفى الخلع – إذا لم يتحقق العوض رضاء فقد انتفى ركن الخلع .

ويؤكد نص المادة ٢٠ سالفة الذكر – وبلا مبرر ومفترضاً صحة منهجه فى الخلع – أن " الحكم فى جميع الأحوال غير قابل للطعن عليه بأى طريق من طرق الطعن " بما مؤداه أن القانون اعتبر الحكم بالتطليق للخلع حكماً باتاً ، على الرغم من أن جميع الأحكام الصادرة بالتطليق – فيما عدا التطليق لعدم الاتفاق – يكون التطليق فيها بطلقة بائنة ورغم ذلك فهى قابلة للطعن بالاستئناف وبطريق النقض ، وقد لاحظنا فى الكثير من القضايا أن الزوجين يتصالحان – رغم صدور حكم أول درجة – أمام محكمة الاستئناف ، وتعود الحياة الزوجية إلى سابق عهدها ، ففتح طريق الطعن فى حكم التطليق فيه مصلحة – التروى بين الزوجين لفترة أطول ، وإعادة بحث سبب الطلاق من جديد أمام قضاة ذات خبرة أطول .

لقد ظلم القانون الزوجين إذ أغلق فى وجههما باب الطعن على الحكم الصادر بالتطليق فى دعوى الخلع ، وبالأخص الزوجة التى تسرعت لغضب عابر أو شاكست فى دعوى الخلع ، عندما تجد حكماً تندم على صدوره ، ويكثر فى المجتمع الكثير من المختلعات النادمات على تصرفهن

الفرق بين الخلع والمبارأة والطلاق على مال

أردنا بهذا البحث بيان الفرق بين كل من الأمور الثلاثة لاجتماعهم على ان الحاصل بها هو طلاق على مال ، وهذا الطلاق لا يبرأ به الزوج المخالع من سائر الحقوق التى وجبت بسبب النكاح ، ولا خلاف أيضاً فى سائر الديون التى وجبت لا بسبب النكاح فهى لا تسقط بالخلع .

أما المخالع والمبارأة . فقد اتفق أبو حنيفة وأبو يوسف فى المبارأة فهى إيجاب البراءة لأنها إثبات البراءة نصاً فيقتضى ثبوت البراءة مطلقاً ، وتظهر البراءة فى جميع الحقوق الثابتة بين الزوجين بسبب النكاح . أما الخلع فليس نصاً فى إيجاب البراءة لأنه ليس فى لفظه ما ينبئ عن البراءة ، وإنما تثبت البراءة بمقتضاه ، والثابت بطريق الاقتضاء لا يكون ثابتاً من جميع الوجوه ، فتثبت البراءة بقدر ما وقعت التسمية لا غير . أما عند أبى حنيفة ، فالخلع فى معنى البراءة لأن المبارأة مفاعلة من البراءة والإبراء إسقاط فكان إسقاطا من كل واحد من الزوجين الحقوق المتعلقة بالعقد المتنازع فيه ، كالمتخاصمين فى الديون إذا اصطلحا على مال سقط بالصلح جميع ما تنازعا كذا المبارأة . والخلع مأخوذ من النزع والنزع إخراج الشئ من الشئ ، فمعنى خلعها إخراجها من النكاح وذلك بإخراجها من سائر الأحكام الخاصة بالنكاح ، وذلك إنما يكون بسقوط الأحكام الثابتة بالنكاح وهو معنى البراءة ، فكان الخلع فى معنى البراءة .

اتفق محمد مع أبى يوسف فى الخلع واختلفا فى المبارأة إذا قال محمد إن الخلع طلاق بعوض فأشبه الطلاق على مال ، والجامع بينهما أن حق الإنسان لا يسقط من غير إسقاط ولم يوجد فى الموضعين إلا إسقاط ما

سمياه ، فلا يسقط ما لم تجز به التسمية ولهذا لا يسقط الخلع سائر الديون التى تجب بسبب النكاح ، ولذا لا تسقط نفقة العدة إلا بالتسمية .

أما الطلاق على مال فهو فى أحكامه كالخلع ، وسبب ذلك أن الفراق فيهما طلاق بعوض فيعتبر فى أحدهما ما يعتبر فى الآخر . غير أن هناك خلاف بين الطلاق على المال والخلع ، حاصله أن العوض فيهما – إذا بطل فى الخلع بأن وقع الخلع على ما ليس بمال متقوم يبقى الطلاق بائناً . أما فى الطلاق على مال إذا بطل العوض بأن سميا ما ليس بمال متقوم فالطلاق يكون رجعياً لأن الخلع كناية والكنايات مبينات ، أما الطلاق على مال فهو صريح ، وإنما تثبت فيه البينونة بتسمية العوض إذا صحت التسمية ، فإذا لم تصح التحقت بالعدم فيبقى صريح الطلاق فيكون رجعياً .

هل يلحق المعتدة من الخلع طلاق فى العدة ؟

هناك رأيان فى الفقه : **الرأى الأول** يرى أن المختلعة لا يلحقها طلاق بحال ، وسند هذا الرأى أن الخلع طلاق بائن ، فلا تحل لمن خالعها إلا بنكاح جديد ، فلا يلحقها طلاق من خالعها – مثل المطلقة قبل الدخول أو المنقضية عدتها ، المخالع لا يملك بضعها ، فلم يلحقها طلاقه كالأجنبية ولا فرق فى ذلك أن يواجهها المخالع بالطلاق أو لا يواجهها به [1] .

والرأى الثانى : أن المعتدة من الخلع يلحقها طلاق المخالع وهى فى عدته من الخلع ، فيلحقها الطلاق الصريح دون الكناية وكذا الطلاق المرسل . وحكى هذا الرأى عن أبى حنيفة وسعيد بن المسيب وطاووس والنخعى ،

---

[1]) هذا الرأى قال به ابن عباس وابن الزبير وعكرمة وجابر بن زيد والحسن والشعبى ومالك والشافعى والحنابلة .

وسندعه ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال " المختلعة يلحقها الطلاق ما دامت فى العدة .

هل يثبت للمخالع رجعة فى عدة الخلع ؟

فى الفقه رأيان : **أولهما** : لا يثبت فى الخلع رجعه قال جمهور أهل العلم لا سبيل له إليها إلا برضى منها ، ونكاح جديد وصداق معلوم ، لأنها بانت منه بنفس الخلع ، وهذا الرأى مطلق – أى سواء كان الخلع طلاقاً أو فسخاً . وسند هذا الرأى قوله وتعالى " ولا جناح عليهما فيما افتدت به " ولا يكون فداءاً إلا إذا خرجت الزوجة بالخلع عن قبضة الزوج المخالع وسلطانه ، فإذا كانت له الرجعة فهى تحت حكمه ، والعوض فى الخلع قصد به إزالة الضرر عن المرأة ، فلو جاز ارتجاعها لعاد الضرر إليها [1]

والرأى الثانى : حكاه الزهرى وسعيد بن المسيب وابن شهاب إذ قال – الزوج بالخيار بين إمساك العوض ولا رجعة له ، وبين رده وله الرجعة .

وهناك من يفرق بين ما إذا كان الخلع بلفظ الطلاق – فيكون للزوج الرجعة لأن الرجعة من حقوق الطلاق فلا تسقط الرجعة بالعوض . يقول أبو ثور " إن كان لم يسم فى الخلع طلاقاً فالخلع طلقه لا يملك فيها رجعة ، وإن سمى طلاقا فهو أملك برجعتها ما دامت فى العدة .

هل يجوز للمخالع أن يشترط الرجعة

يرى أبو حنيفة ورواية عن مالك أنه إذا شرط الزوج فى الخلع أن له رجعه بطل الشرط وصح الخلع لأن الخلع لا يفسد بكون عوضه فاسداً فلا يفسد بالشرط الفاسد – كالنكاح – هذا فضلاً عن أن لفظ الخلع يقتضى البينونة ، فإذا شرط الرجعة معه بطل الشرط .

---

[1]) قال بهذا مالك والشافعى وإسحاق – والنخعى .

وقال الشافعى إذا شرط فى الخلع أن له الرجعة يظل الخلع وتثبت الرجعة لأن شرط العوض والرجعة متنافيان ، فإذا اشرطهما سقط وبقى مجرد الطلاق فتثبت الرجعة بالأصل لا بالشرط ، ولأنه شرط فى العقد ما ينافى مقتضاه فأبطله .

ما هو الحكم إذا شرط المخالع الخيار له أو للزوجة ؟

إذا شرط المخالع الخيار له أو لزوجته يوماً أو اكثر – وقبلت الزوجة ذلك : قال أبو حنيفة يصح الخلع ويبطل الخيار إذا كان الخيار للزوج المخالع . أما إذا كان الخيار للزوجة ثبت لها الخيار ولم يقع الطلاق .

وقال الحنابلة يقع الطلاق لأن سبب الوقوع هو وجود لفظ الطلاق أو الخلع ، فوقع كما لو أطلق ، ومتى وقع الطلاق فلا سبيل إلى رفعه .

أحكام القضاء فى الخلع

أردنا هنا أن نبين أن الخلع عرض على القضاء قبل أن ينص عليه القانون بين قواعد الإجراءات ، وذلك عملاً بمذهب الأحناف طبقاً لنص المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الملغاة .

فقد قضى بأن الفقهاء تسامحوا فى الخلع والطلاق على مال فأجازوا فيهما ما لا يجوز فى غيرهما ، فأجازوا فيها الإبراء من نفقة العدة عوضاً عن الطلاق . مع أن الإبراء منها قصداً قبل تقريرها فى الذمة لا يجوز فقد جاء فى شرح الدر من الخلع – شرط البراءة من نفقة الولد إن وقتاً كسنة صح ولزم ، وإلا لا . وفيه على النقضى وغيره . ولو كان رضيعاً صح وإن لم يؤقتا ، وترضعه حولين بخلاف الفطيم . وفى الخانية من الخلع – (امرأة اختلعت من زوجها على رضاع ولدها ،ولم يسم وقتاً ، قال محمد يجوز عن سنتين ، وأن يطلقها على إرضاع الولد سنتين ، وعلى نفقة هذا

الولد عشر سنين . وقال أيضاً يجوز أن يتحمل مثل هذه الجهالة (جهالة مقدار النفقة) في الطلاق . وفي الإنفرادية من الخلع " وإذا اختلعت على تمسكه إلى وقت البلوغ صح في الأنثى لا في الغلام " (١)

وقضى بأن المرأة إذا اختلعت من زوجها برضاع ولدها الذى هى حامل به إلى سنتين جاز ، وعليها إذا مات ، أو لم يكن فى بطنها ولد ، أن ترد قيمة الرضاع ، ولو مات بعد سنة ترد قيمة الرضاع سنة . كذا إذا ماتت هى ، عليها قيمته ، لو كانت عشر سنين يرجع عليها بأجرة الرضاع ونفقة باقى السنين ، إلا إذا قالت عند الخلع إذا مات أو ماتت فلا شئ على ، فهو على ما شرطت ، كما نص على ذلك فى فتح القدير نقلاً عن أبى يوسف (٢) .

وقضى أيضاً بأنه لو خلع امرأته على مال ثم زادت فى بدل الخلع فالزيادة باطلة لأنها زادت بعد هلاك المعقود عليه . وجاء فى الفتاوى وبه يفتى – ومتى كانت الزيادة فى العوض بعد الطلاق باطلة لا تكون لازمة ولا يكون للمطلق حق المطالبة بها (٣) .

وقضى بأن الوجه الشرعى يقضى بأن الخلع على نفقة الصغير ، والتحمل بجميع ما يلزمه لا يصح ، ولا يلزم ، إلا إذا كان مؤقتاً بوقت كسنة مثلاً وإلا لا – كما يعلم ذلك من الاطلاع على نصوص الفقهاء الآتية : (لو شرط البراءة من نفقة الولد الصغير ، وهو مؤونة الرضاع ، فإن وقتاً له وقتاً كسنة ونحوها صح وإلا لا ...) ، ونص فى شرح الدر جزء ثان بمثل ما ذكر ، وجاء فى الفتاوى الهندية " لا تقع البراءة من نفقة الولد وأجرة الراضع من غير شرط ، فإن شرط البراءة عن ذلك ، فإن وقت

---

(١) حكم شرعى ١٩٤٣/١١٠ ك مستأنف طنطا .
(٢) حكم شرعى ١٩٣٢/٢٦١٩ الجمالية .
(٣) حكم شرعى ١٩٥٠/١٨٣٢ قنا .

لذلك وقتاً جاز ، وإلا فلا . وإذا جازت البراءة عند بيان الوقت والشرط ، فإن مات الولد قبل تمام الوقت ، كان للزوج أن يرجع عليها بحصة الأجرة إلى تمام المدة ، كذا فى فتاوى قاضى خان ... " ونص فلا المهدية " يصح الخلع من مؤخر الصداق ونفقة الصغير مدة معلومة بعد تقديرها ، إلا إذا كانت الأم معسرة ، فمطالبته بالنفقة فيجبر عليها ، وما شرط عليها فهو دين له " المراد بالبراءة عنا من نفقة الولد جعل ذلك عوضاً عن الخلع أو الطلاق " (١)

وقضى بأن مجرد الاتفاق على الطلاق وبدله فى مجلس واحد حصول الإيجاب والقبول على الصورة الشرعية لا يعتبر طلاقاً لزوم المال على الزوجة . فالحكم الذى يعتبر أن الإيجاب والقبول الشرعيين لوقوع الفرقة بين الزوجين ، واستحقاق الزوج لعوض قد حصلا على أساس ما تم بينهما على ما ينبغى أن تبذله الزوجة من المال لزوجها ليطلقها عليه ، وتنفيذ هذا الاتفاق بإيفائها بعض المال المتفق عليه ، وتسليمه بباقية سندات إذنية ، لا أساس ما دون فى وثيقة الطلاق من أن الخلع قد وقع على الإبراء من مؤخر الصداق ونفقة العدة هو حكم مخالف للقواعد الشرعية الواجب الأخذ بها فى هذا الموطن ويتعين نقضه " (٢)

هذه الأحكام تدل على أن المشرع الإسلامى – ومذهب الأحناف فيهما الخلع وأحكامه ، وان القضاء طبقها دون حاجة إلى نص فى القانون .

أحكام القضاء فى الطلاق على الإبراء

قضى بأن المنصوص عليه شرعاً أن الإبراء من نفقة الصغير نظير الطلاق لا يكون صحيحاً بلا خلاف ، إذا كان المقصود من النفقة هو

(١) حكم شرعى ١٩٤٣/٢٥٠ العياط .
(٢) نقض ٦/٨١ ق ١٩٣٧/١٠/٢٨ .

الطعام والكسوة والمسكن ، وكان الإبراء خالياً من التوقيت . أما إذا كان المقصود من النفقة هو مؤونة الرضاع ولم يحصل توقيت فى هذه قولين أحدهما بصحة الإبراء ، والثانى بعدم صحته ، كما يعلم ذلك من ابن عابدين فى باب الخلع .

وحيث إنه لم يعلم من صحيفة الإبراء أن المطلقة أبرأت مطلقها من نفقة الطعام والكسوة والمسكن بدون توقيت بوقت معين فلا يصح الإبراء شرعاً للجهالة .

كما قضى بأن الإبراء من أجرة الحضانة نظير الطلاق إنما هى معاوضة ، وقد استوفت المدعية عوضها عن ذلك وهو الطلاق ، فعودتها بالمطالبة ببعض العوض عنه ، جمع بين العوض والمعوض عنه ، وهو محظور شرعاً ولا تجاب إليه [١] .

المنصوص عليه شرعاً أن الإبراء من نفقة الصغير نظير الطلاق لا يكون صحيحاً إلا خلاف إذا كان المقصود من النفقة هو الطعام والكسوة والسكنى ، وكان الإبراء خالياً من التوقيت بوقت ، وأما إذا كان المقصود من النفقة هو مؤونة الرضاع ولم يحصل توقيت ، فإن فى هذه المسألة قولين أحدهما بصحة الإبراء والثانى بعدم صحته كما يعلم ذلك من ابن عابدين فى باب الخلع . وحيث يعلم من صيغة الإبراء أن المطلقة أبرأته من نفقة الطعام والكسوة والمسكن بدون توقيت معين ، فلا يصح الإبراء شرعاً للجهالة ، لأن الصغير يحتاج إلى هذه الأشياء طول حياته [٢] .

الإبراء من أجرة الحضانة نظير الطلاق – إنما هو معاوضة – وقد استوفت المدعية عوضها عن ذلك – وهو الطلاق – فعودتها بالمطالبة

---

[١] مبادئ القضاء فى الأحوال الشخصية للمؤلف ص١٢ .
[٢] ص ١٩٣١/٦٧٤ بور سعيد شرعى .

ببعض العوض عنه جمع بين العوض والمعوض عنه ، وهو محظور شرعاً ولا تجاب إليه ، وقول وكيلها إن الحق فى المطالبة بأجرة الحضانة يعود بعودة الزوجة قول لا يستند إلى ذلك إذ هذا يستقيم لو كان مناط الحكم فيها الزوجية ، وغير خاف أن الأمر ليس لذلك ، بدليل أن هذه الأجرة تتحقق من تحقق الزوجية ، ويظهر أنه قاسها على نفقة الزوجية ، فقال إنها تعود بعودة الزوجية . لكن القياس مع الفارق إذ أن الزوجية لها أثر فى النفقة بخلاف هذه [1] .

الطلاق على مال يكون بائناً ولو لم يثبت المال ، لأن الزوج أقر به ، وذلك معاملة له بإقرار فى حق نفسه ، وذلك لوجهين : **الأول** – أن هذا الطلاق مما يشمله اسم الخلع وينطبق عليه كما ذكر ذلك بالجوهرة ونصها " الخلع شرعاً عبارة عن عقد بين الزوجين ، المال فيه تبذله الزوجة فيخلعها أو يطلقها " كما ذكر بالخيرية أيضاً فى باب الخلع ص٥٩ جزء أول أن الطلاق على عوض بمنزلة الخلع ، وممن صرح بذلك الوجيز وغيره ، بل ذكر أنه مما عليه اسم الخلع إلى آخر عبارتها ، وذكر مثل ذلك فى المهدية جزء أول ص١٩٩ وكذلك بالتنقيح ص٥٣ الأول منها فى باب الخلع وعلى أساس ما ذكر يصح اعتباره خلعاً بلفظ الطلاق فيقع به الطلاق البائن ولو لم يثبت المال ، فإن الخلع يقع به البائن ولو لم يثبت المال . كما ذكر الخير ابن عابدين فى كتاب الخلع . **الثانى** – أن الطلاق المذكور أقر الزوج أنه طلاق بعوض ، وإذن يقع به الطلاق البائن ولو لم يثبت المال معاملة للمقر بإقراره شرعاً ، ومؤاخذة له بع ، لأن عدم إثبات المال قضاء لا يحملنا على أننا نقطع بكذب المقر ، لأن كثيرا من الدعاوى لا يتمكن

---

[1]) ١٦٤/١٩٣٠ شرعى السيدة زينب .

أربابها من إثباتها قضاء ، ولا ينافي ذلك أنهم صادقون في الواقع ونفس الأمر . وأضافت الحكمة أن تأخذ المادة الخامسة من القانون ١٩٢٩/٢٥ هو مذهب الإمام مالك والإمام الشافعي ، كما يعلم ذلك من المذكرة الإيضاحية للقانون المذكور ، وأن كل المستثنى من المادة المذكورة هو محل اتفاق بين جميع المذاهب . ولأن ما جاء بكتب الشافعية موافق لما رأته المحكمة من معاملة المقر بإقراره وإثبات الطلاق البائن ولو لم يثبت كما هو موافق لما ذكره المبسوط ، وهو ذا نص كتب الشافعية ، جاء بالتحفة لابن حجر جزء ٧ ص٥٠٢ العبارة الآتية " قال الزوج طلقتك بكذا ، فقالت لم تطلقني أو طلقتني مجانا ، أو طال الفصل بين لفظي ولفظك – أو نحو ذلك – بانت بإقراره ولا عوض عليها إذا حلفت براءة الأمة ، فالزوجة بالعبارة المذكورة تنكر الطلاق ، بقولها لم تطلقني ، وطارة تنكر بقولها طلقتني مجاناً ، أو تنكر اتحاد اللفظين وعلى كل فهي تريد إنكار وجوب المال عليها بدليل ما جاء بالعبارة المذكورة ومن أنها بانت بإقراره ، ولا عوض عليها إذا حلفت لأن الأصل براءة الذمة ، فهذا النص يفيد معاملة الزوج بمقتضى إقراره وإثبات الطلاق البائن مؤاخذة له بقوله مع أن الزوجة تنكر العوض وهو يقر بذكره ، وهذا لا يتنافى مع المادة الخامسة من القانون ١٩٢٩/٢٥ لأن القانون لم يقيد الطلاق البائن إذا كان على مال بأن يكون المال ثابتاً قضاء ، بل يكفي ذكر المال كما يعلم ذلك من الاطلاع على النص المذكور في كتب الحنفية وكتب الشافعية [1] .

وقضى بأن الطلاق على مال هو يمين من جانب الزوج ، ومعاوضة من جانب الزوجة لا يتم إلا بإيجاب وقبول من الجانبين ، وإذا كانت عبارة

---

[1]) ق ١٠٢٦/ ١٩٤٤ شرعي أسيوط .

الإقرار الصادرة من الزوجة إنما تتضمن إبراءها لزوجها من مؤخر صداقها ، ونفقتها ، وجميع الحقوق الزوجية المترتبة لها بموجب عقد الزواج ، مقابل حصولها على الطلاق ، وقد خلت مما يفيد إيقاع الزوج يمين الطلاق على زوجته مقابل هذا العوض ، فإن هذه العبارة بمجردها ، لا تعدو أن تكون مجرد إيجاب من الزوجة بعرض العوض على الزوج مقابل حصولها على الطلاق لم يصادفه قبول منه بإيقاع الطلاق فعلاً ، ومن ثم فلا ، ومن ثم فلا يتحقق فيها وصف الطلاق على مال ، وشروطه ، وبالتالى لا يترتب عليها أثره المقرر شرعاً [1] .وقضى بأن المدعى عليه دفع الدعوى بالطلاق على البراءة ، وطلب قبول الدفع ، ولما كلف الإثبات لم يقدم ما فيه مقنع ، واعتبر عاجزاً ، وحلف على نفس وقائع الدفع . وقد تختلف وجهة النظر فى هذا الطلاق هل يقع بائناً أو رجعياً . والمحكمة ترى أنه طلاق بائن ، ولبيان ذلك ينبغى أن نلقى نظرة فى مذهب الإمام أبى حنيفة ونظره أخرى فى القانون ١٩٢٩/٢٥ ، وتوضيح ما إذا كان موافقاً لمذاهب أبى حنيفة أو لا . أما بالنسبة لمذهب أبى حنيفة ، فمقتضى نصوصه أن هذا الطلاق يقع بائناً ، لأن المدعى عليه اعترف بأنه طلاق على مال ، ولا مناص من أن ينفذ عليه اعترافه ، والمقر يؤاخذ بإقراره شرعاً فى حق نفسه ، وليس للمرأة حق فى أن الطلاق بائن أو رجعى ، حتى يقال إن الأمر متوقف على موافقتها ، وذلك ظاهر ، ولا يرد أن البدل لن يثبت فيكون رجعياً ، كما إذا جعل البدل حمراً أو خنزيراً أو أكرهها على البدل ، لأن الفرق من الوضوح بمكان إذ البدل فى صورة الخمر والخنزير والإكراه غير معتبر شرعاً فكأنه لم يكن ، ويبقى الطلاق مجرداً

---

[1] نقض ٢١/٩ ق .

وهو رجعى . أما فى مسألتنا هذه ، فالبدل صحيح ، وغاية الأمر أنه لم يثبت ، ولو فرض أنه ثبت لكان الطلاق بائناً ، ولم من واقع لا يمكن إثباته ، فيصدق الرجل فيه لأنه لا يتجاوزه إلى غيره . أما بالنسبة للقانون رقم ١٩٢٩/٢٥ فالمحكمة ترى أن هذا الطلاق بائن أيضاً بناء على نص المادة الخامسة منه " كل طلاق يقع رجعياً إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على مال ... إلخ ولم يقيد الطلاق على مال بأن المال ثابت قضاءاً فلا مانع يمنع من تطبيقه هنا . على أنه بالنظر الصحيح يتبين أنه لا فرق بين هذا القانون ومذهب أبى حنيفة ، لأن القانون إنما قصر العدول عن مذهب أبى حنيفة فيه لأنه محل اتفاق ، ويجب أن يرجع إلى مذهب أبى حنيفة فى تفسير الأمور المستثناة ، ولو قيل إن القانون مأخوذ من مذهب الشافعى ويجب أن يرجع إليه فى الأمور المستثناة ، وهو ما لا تذهب إليه الحكمة لكان الخطب يسيرا جداً إذ نص مذهب الشافعى أنه إذا ادعت طلاقها على مال فأنكرت الطلاق أو المال أو قبولها فى المجلس فالقول لها وبانت بواحدة (راجع التحفة لابن حجر والوجيز للغزالى فى باب الخلع) فيكون الطلاق على أى احتمال بائناً (١) .

وقضى بأن المنصوص عليه شرعاً أن الزوجة إذا قالت لزوجها أبرأتك من كل حق يكون للنساء على الرجال ، فطلقها وهى مدخول بها ، يقع الطلاق بائناً (٢) .

وقضى بأن المبارأة والخلع والطلاق على مال ليست من المعارضات المالية التى تطبق فى شأنها أحكام القانون المدنى ، بل هى من التصرفات التى تدخل فى نطاق الأحوال الشخصية ، وتخضع لأحكام الشريعة

---

(١) ق ١٩٣٢/٣٧٦٠ شرعى بلبيس .
(٢) ق ١٩٣٢/١٠٧٥ شرعى أسيوط .

الإسلامية ، والواجب الرجوع إليها وحدها بتقرير ما ينبغى أن يتم به رضاء الزوجين ، وكيف يفصح عنه كل منهما ، فيما يصدر عنه من إيجاب وقبول ، وكيف يكون الإيجاب والقبول معتبرين شرعاً ، حتى تقع الفرقة ويستحق المال . وحيث إن الطلاق بعوض فى الشريعة الإسلامية معتبر من جانب الزوج أنه يمين ، أى تعليق للطلاق على قبول الزوجة للعرض المشروط فيه ، ومعتبر فى جانب المرأة أنه تمليك المال بالطلاق وهو ملك الزوج ، ومعتبر فى حقهما معاً أنه عقد على الطلاق بعوض ، إذا أوجبه الزوج ، فإنما يكون إيجابه بتعليق الطلاق الذى هو عوضه بشرط قبولها المال الذى هو عوضها ، ويكون إيجابه من جانب الزوج بتعليق عوضها الذى تعطيه بإيقاع الطلاق الذى جعل دلالة على معناه لغة " وهو التخلية والإرسال ورفع القيد فى الطلاق الصريح وقطع الوصلة ونحوه فى الطلاق كناية) أو شرعاً هو إزالة الملك والحل فى النوعين وكان ركن الطلاق على المال (الذى هو عقد على الطلاق بعوض) هو الإيجاب والقبول بلفظ الطلاق معلقاً على المال المسمى بينهما ، ولذلك كان مجرد الاتفاق على الطلاق وبدله فى مجلس واحد بدون حصول الإيجاب والقبول على الصورة النمتقدمة ، لا يعتبر طلاقاً مستوجباً لزوم المال على الزوجة [1] .

---

[1]) نقض ٦/٨١ ق .

المبحث العاشر

التفـــريق بالإيلاء

تعريف الإيلاء

الإيلاء فى اللغة هو الحلف مطلقاً سواء كان على ترك قربان الزوجـــة أو على شئ أخر . وهذا مأخوذ من " آلىَ على شئ ويولى " إذا حلف علـــى فعله أو تَركه .

الإيلاء شرعاً

الأحناف : الإيلاء عبارة عن اليمين على ترك الجماع بشروط مخصوصة ، أو هو اليمين على ترك قربان الزوجة أربعة أشهر فصـــاعدا ، بـــالله أو بتعليق ما يستشقه على القربان . كأن يقول الرجل لزوجته " والله لا أقربك مدة أربعة أشهر أو مدة سنة – أو يقول – والله لا أقربك مدة حياتى " وما فيه تعليق على مشقة كأن يقول " إن قربتك فلله على صـــيام أو حـــج أو إطعام عشرة مساكين ، ونحو ذلك مما يكون فيه مشقة على النفس .

المالكية : الإيلاء فى الشرع هو الحلف على اعتـــزال الزوجـــة وتـــرك جماعها من حيث ذكره الله فى كتابه ونص على الحكم فيه (١) .

الحنابلة : الإيلاء فى الشرع هو الحلف على ترك وطء الزوجة . والأصل فيه قوله تعالى " للذين يؤلون من نسائهم أربعة أشهر " (٢)

الشافعية : الإيلاء شرعاً حلف زوج على الامتناع مـــن وطء زوجتـــه – مطلقا أو فوق أربعة أشهر . كأن يقول " والله لا أطؤك . أو والله لا أطؤك خمسة أشهر فيمهل أربعة أشهر ثم يطالب بالوطء (٣)

---

(١) مقدمات ابن رشد ص٤٧٨ .

(٢) المغنى لابن قدامه جزء ٧ ص٥٠٢ .

(٣) قليوبى وعمير جزء ٤ ص٨ .

الجعفرية : الإيلاء شرعاً هو الحلف على تـرك وطء الزوجـة الدائمـة المدخول بها أبداً أو مطلقاً من غير تقييد بزمان أو زيادة على أربعة أشهر للإضرار بها [1]

مشروعية الإيلاء

كان الرجل فى العرب قبل الإسلام إذا كره امرأته ، وأراد أن يقيدها أن لا تنكح زوجاً غيره ، حلف عليها لا يقربها ، فيتركها ، لا هى أيِّمٌ، ولا هـى ذات بعل ، وفى ذلك إيذاء وإضرار بها ، إذ يمنعها من استيفاء حقها فـى الوطء . وقد استمر الإيلاء فترة فى أول الإسلام ، ولم تكن للإيـلاء مـدة محددة ، فنزل قول الله عز وجل " للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعـة أشهر فإن فاؤوا فإن الله غفور رحيم . وإن عزموا الطلاق فإن الله سـميع عليم " [2] بهاتين الآيتين حدد الله للمولى من زوجته مـدة لا يتجاوزهـا ، وخيره بين أن يفئ إلى زوجته فيرجع إلى وطئها ، أو أن يطلقها .

وقال ابن حزم الظاهرى إنه قد صح أن رسول الله صلى الله عليه وسـلم آلى من نسائه شهراً فهجرهن كلهن ثم راجعهن " [3]

وقد اختلف الفقهاء فى وصف الإيلاء فقال الشافعية والحنابلة الأصل فيـه الحظر فقد جاء فى مغنى المحتاج فى فقه الشافعية أن الإيلاء حرام للإيذاء ، وقال صاحب المغنى فى فقه الحنابلة " إن الإيلاء محرم لأنه يعين علـى ترك الواجب "

وقال رأى بأن الإيلاء غير محظور إذا قصد به تأديب الزوجة وتربيتهـا على نحو ما ينبغي أن تكون عليه نحو زوجها . أما إذا قصد بالإيلاء إيذاء

---

[1]) الروض البهية شرح اللمعة الدمشقية فقه الجعفرية جزء ٢ ص١٧٥ .
[2]) سورة البقرة ٢٢٦ ، ٢٢٧ .
[3]) المحلى لابن حزم جزء ١٠ ص٤٣ .

النساء ومضارتهن فالله عز وجل يتولى عقابه ، وحدد له مدة الإيلاء ليقطع عليه قصد الإيذاء .

ألفاظ الإيلاء

يقصد بألفاظ الإيلاء ، الألفاظ التي تدل على إيقاعه ، وهذه الألفاظ قد تكون صريحة وقد تكون كناية ، وللفقهاء في ذلك تفصيل :

يرى الأحناف أن من صريح ألفاظ الإيلاء " المجامعة " بمعنى أن يحلف الزوج أن لا يجامع زوجته . وعندهم ألفاظ تجرى مجرى اللفظ الصريح مثل " القربان والوطء والمباضعة في البكر . كما إذا حلف الزوج أن لا يقرب زوجته أو يطأها أو لا يباضعها ، أو لا يفتضها وهي بكر . واللفظ الصريح في الإيلاء لا يحتاج إلا النية .

ومن كناياتت الإيلاء لفظ – الإتيان أو الإصابة – وهذه الألفاظ تحتاج إلى نية المولى – أي نية الإيلاء ، لوقوعه ، هناك لفظ الغَشَيَان . وكذلك لفظ المس .

ويرى المالكية أن من صريح ألفاظ الإيلاء الوطء ، ويتقرر به الإيلاء بدون نية . أما في ألفاظ الكناية فلابد من النية . كان يحلف على زوجته " لا ألتقي بها " بمعنى أن يقصد بالإلتقاء الوطء .

وعند الحنابلة تنقسم ألفاظ الإيلاء إلى : صريح في دلالته مثل قوله " لا أولج ذكري في فرجك ، وفي البكر لا أفتضك . هذه الألفاظ لا تحتاج إلى نية . وإلى صريح قضاء – بمعنى أن القاضي يحكم على مقتضاها ولا يسأل عن النية – مثل " عدم وطئها أو عدم إصابتها أو عدم مباضعتها " لأن هذه الألفاظ تستعمل في العرف في الوطء فكانت صريحة في الحكم .

وهناك ألفاظ لا تكون صريحة فى الإيلاء إلا بالنية مثل والله لتطول غيبتى عنك " والله لا يمس جلدى جلدك "

وعند الشافعية – صريح الإيلاء – الوطء والجماع وإفتضاض البكر ومن ألفاظ الكناية الملامسة والمباشرة والإتيان وهذه الألفاظ تحتاج إلى النية فى وقوع الإيلاء دون الألفاظ الصريحة .

هل يشترط فى الإيلاء أن يكون منجزاً ؟

الإيلاء كما عرفه الفقهاء " يمين " وهذه اليمين قد تكون منجزة مثل أن يقول الزوج " والله لا أجامعكِ مدة كذا " فهذه يمين بصيغة منجزة . وقد يكون الإيلاء بصيغة معلقة على شرط كأن يقول الزوج " والله لا أجامعك مدة كذا إذا خرجت من البيت اليوم " فهذه يمين معلقة على خروج زوجته من البيت . وقد يكون الإيلاء مضافاً إلى زمن مستقبل كأن يقول الزوج لزوجته " والله لا أجامعك مدة كذا ابتداء من أول الشهر القادم " فهنا اليمين مضافة إلى زمن مستقبل هو قدوم أول الشهر .

وهناك رأى يقول به أغلب الجعفرية إنه يشترط لصحة الإيلاء أن تكون صيغته منجزة غير معلقة على شرط ولا مضافة إلى أجل . فإذا اقترن الإيلاء بالشرط أو الإضافة إلى أجل كان لغواً [١] .

أركان الإيلاء

اختلف القول بين الفقهاء إذ قال البعض أن ركن الإيلاء هو اللفظ الدال على الإيلاء ، وقال آخرون إن أركان الإيلاء أربعة : حالف ومدة ، ومحلوف به ، ومحلوف عليه .

---

[١] شرائع الإسلام جزء ٣ ص٨٣ .

القول الأول – عند الأحناف إذ يقول الكاسانى فى بدائعة " أما ركنه – أى الإيلاء – فهو اللفظ الدال على منع النفس عن الجماع فى الفرج مؤكداً باليمين بالله تعالى أو بصفاته أو باليمين بالشرط والجزاء حتى لو امتنع عن جماعها أو هجرها سنة أو أكثر من ذلك لم يكن مولياً ما لم يأت بلفظ يدل عليه لأن الإيلاء يمين ، واليمين تصرف قولى ، فلابد من القول [1] .

غير أن الأحناف وضعوا شروطاً لركن الإيلاء – هى شرط صحته ، منها ما يشترط فى صحة حكم حنث المولى فى يمينه باعتبار أن الإيلاء يمين ، وإنما يخالف اليمين فى حكم البر بيمينه ، لأن تحقق البر باليمين يترتب عليه وقوع الطلاق ، لأن الإيلاء فيه تعليق الطلاق البائن بشرط البر باليمين . كأن المولى يقول : إذا مضت أربعة أشهر – ولم أقربك فيها – فأنت طالق بائن . وهذا يقتضى أن يكون المولى عاقلاً بالغاً ، وأن يكون النكاح قائماً ، لأن الله تعالى خص الإيلاء بملك النكاح لدفع الظلم عن الزوجة من قبل زوجها ، لمنعه حقها فى الجماع منعاً مؤكداً باليمين . هذا بالإضافة إلى أن الفرقة الحاصلة بمضى الأربعة أشهر – من غير فئ – فرقة بطلاق ، ولا طلاق بدون النكاح . ولذلك يجوز عند الأحناف الإيلاء من الزوجة المطلقة طلاقاً رجعياً لقيام ملك النكاح من كل وجه فى عدته . ولا يجوز الإيلاء فى الطلاق البائن لزوال الملك والمحل معاً بالإبانة ، والإيلاء لا ينعقد فى الملك ابتداء .

ومما تجدر ملاحظته أن اليمين بالطلاق يصح فى الملك ، أو مضافاً إلى الملك وكذا الإيلاء فمن قال لامرأته إن تزوجتك فوالله لا أقربك ثم تزوجها – صار مولياً .

---

[1]) البدائع جزء ٣ ص١٦١ .

هذا أن ما يتطلبه الطلاق من شروط صحة فى المطلق ، فهو من شروط الإيلاء – من حق الطلاق – غير أن الإيلاء يختص بأمرين هما :

١) المدة – بمعنى أن يحلف المولى بترك الوطء أربعة أشهر فصاعدا أو يحلف مؤبداً . أما إذا حلف على أقل من أربعة أشهر لم يكن مولياً فى حق الطلاق . وسند هذا القول أن الله تعالى قال " للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر " فالله سبحانه وتعالى ذكر للإيلاء مدة مقدرة فلا يكون الحلف على ما دونها إيلاء فى حق حكم الطلاق ، وسبب ذلك أن الإيلاء ليس بطلاق حقيقة وإنما جعل طلاقاً معلقاً على شرط البر شرعاً بوصف أن البر فى الإيلاء مانع من الجماع أربعة أشهر فصاعدا فلا يجعل طلاقاً إلا بالبر فى اليمين .

وهناك رأى بأن مدة الإيلاء عقد مقدرة إذ يستوى فيها القليل والكثير حتى لو حلف على عدم قربان زوجته يوماً أو ساعة – حتى لو تركها أربعة أشهر – بانت . وسند هذا القول أن رسول الله صلى الله عليه وسلم آلى من نسائه شهراً ، وكان الشهر تسعة وعشرين يوماً . والمدة ومقدارها أربعة أشهر ذكرت لثبوت البينونة .

يقول الشافعى لا يكون الرجل مولياً حتى يحلف على أكثر من أربعة أشهر وعلى هذا الرأى إذا مضت مدة أربعة لا تبين المرأة ، وإنما توقف هذه المدة ويخير الرجل بين الفئ والتطليق .

٢) ويختص الإيلاء – أيضاً – بترك الفئ فى المدة لأن الله تعالى قال " فإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم "

مدة الإيلاء

يقصد بمدة الإيلاء – المدة التى يتربص فيها المولى ، بمعنى أن يتوقف وينظر فى أمر ما صدر منه ، فقد أمهلت الآية " للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر " المولى بأن يعود إلى وطء زوجته قبل أن تنتهى المدة التى حلف عليها .

وقد اختلف الفقهاء فى مدة الإيلاء – أى المدة التى حلف على ترك وطء زوجته فيها – أى فى أثنائها :

قال جمهور الفقهاء – الائمة الأربعة – إن الزوج يكون مولياً من زوجته إذا حلف على ترك وطئها أربعة أشهر فصاعداً ، أو يحلف طلقاً أو مؤبداً – فإذا حلف على أقل من أربعة أشهر لم يكن مولياً فى حق الطلاق . وسند هذا الرأى قوله تعالى " للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر " فالآية الكريمة ذكرت للإيلاء – فى حكم الطلاق – مدة مقدرة ، فلا يكون على ما دونها إيلاء فى حق الطلاق لأن الإيلاء ليس بطلاق حقيقة ، وإنما جعل طلاقاً معلقاً على شرط البر شرعاً بوصف كونه مانعاً من الجماع أربعة أشهر فصاعداً ، فلا يجعل طلاقاً بدون تحقق هذا الشرط . هذا بالإضافة إلى أن الإيلاء يرتفع بمضى الوقت المذكور من اليوم والشهر فإذا لم يبق الإيلاء لا يبقى حكمه . يضاف إلى ذلك أن الإيلاء هو اليمين التى تمنع الجماع خوفاً من لزوم الحنث فى اليمين ، وبعد مضى أربعة أشهر يمكن للمولى أن يطأ ، من غير حنث يلزمه ، فلا يكون هذا الإيلاء . وقال رأى آخر بأن مدة الإيلاء غير مقدرة فيستوى فيها القليل والكثير ، حتى أن المولى لو حلف ألا يقرب زوجته يوماً أو ساعة ، كان مولياً ، حتى لو تركها أربعة أشهر بانت ، ويستدل أصحاب هذا الرأى بأن رسول الله

صلى الله عليه وسلم آلى[1] من نسائه فلما كان تسعة وعشرين يوماً ترك إيلاءهن ، فقيل له : ذلك آليت شهراً يا رسول الله فقال : الشهر تسعة وعشرون يوماً . هذا فضلاً عن الله لم يذكر فى كتابه الكريم مدة للإيلاء ، بل أطلقه إطلاقاً بقوله تعالى " للذين يؤلون من نسائهم " فيجرى النص على إطلاقه . أما مدة الأربعة أشهر الواردة بالنص ، فقد ذكرت البينونة ، حتى تبين المرأة بمضى الأربعة أشهر من غير فئ ، لا ليصير التصرف إيلاء شرعاً .

وقال رأى ثالث – الظاهرية – إن الإيلاء ليس لمدته تقدير ، فيصح أن تكون المدة فيه ساعة أو أكثر ، ويكون صحيحاً ويترتب عليه حكمه ، وإلى بيان هذا يقول ابن حزم فى محلاه " ومن حلف بالله عز وجل أو باسم من أسمائه تعالى أن لا يطأ امرأته – فسواء وقت ساعة فأكثر إلى جميع عمره أو لم يوقت – الحكم فى ذلك واحد . لأن الإيلاء بقصد إضرار الزوجة يتحقق فى المدة القصيرة كما يتحقق فى المدة الطويلة . هذا بالإضافة إلى أن قوله تعالى " للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر " لا يدل على بيان للمدة التى لا يصح الإيلاء فيها ، كما أنه ليس فيها قيد على مدة الإيلاء .

والرأى عندنا ما قال به الأحناف لأن الله عز وجل قيد المدة التى تتضرر فيها المرأة من عدم الوطء وهى أربعة أشهر فضلاً عن أنه قيد مدة التربص بهذه المدة ، ومقتضى هذا أن المرأة إذا لدعت الإضرار قبلها لا يسمع قولها ، خاصة أن هذه المدة جعلت حقاً للمولى فله أن يحنث فى يمينه – ويكفر – ثم يراجع قبل فوات المدة وله أن يبر بيمينه ويقع عليه حكم الإيلاء .

الفئ فى مدة التربص

يقصد بالفئ الرجوع إلى الجماع الذى حلف الزوج على عدمه – أى وطء الزوجة المولى منها ، والله عز وجل يقول " فإن فاؤوا فإن الله غفور رحيم " والفئ تكلم عنه الفقهاء وأفاضوا فيه بما موجزه أن المشرع أعطى الزوج المولى من زوجته مدة من الوقت ليتأمل ويدرك ما يجعله من أمر ، ولذلك كانت حكمة الشارع فى أن لا يترتب على الإيلاء أثره الفوري ، وإنما ترك له فرصة يتربص فيها ، ويفئ إلى زوجته . وهذه الفرصة تبدأ من وقت حلفه – أى صدور لفظ الإيلاء منه – أما إذا كان الإيلاء مضافاً إلى وقت مستقبل فإن بدء مدة الإيلاء يكون من الوقت الذى أضيف إليه ، وإن كان الإيلاء معلقاً على شرط المدة تبدأ من وقت تحقق الشرط .

الوقت الذى يكون فيه الفيئة

هناك رأيان فى الفقه بالنسبة لوقت الفيئة :

الرأى الأول : وقت الفيئة هو مدة الإيلاء التى تبدأ من وقت صدوره من الزوج وذلك حتى نهاية مدة الأربع أشهر التى جاءت بقوله تعالى " للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر " فالزوج يفئ إلى زوجته خلال هذه المدة ، فإن فاء فيها سقط إيلاؤه أما إذا مضت المدة من غير فئ وقع الطلاق ، وسبب ذلك أن الزوج المولى عزم على منع نفسه من إيفاء حق زوجته من الجماع فى المدة ، ، وأكد غزمه هذا باليمين ، فإذا مضت المدة ولم يفئ إليها مع القدرة ، فقد حقق عزمه المؤكد باليمين بالفعل ، ومن ثم تبين منه زوجته لتتوصل إلى حقها من زوج آخر . وإلى هذا ذهب الأحناف .

ويخالف الشافعية ما ذهب إليه الأحناف ، إذ يرون أن الـزوج المـولى لا يطلق عليه بعد الأربعة أشهر – إن بر بحلفه – وإنما يوقف بعد هذه المدة ويخير بين الفئ إلى زوجته وبين تطليقها ، فإن أبى أجبره الحاكم على أحد الخيارين ، فإن لم يفعل طلق عليه القاضى ، وهذا ظاهر من قوله تعـالى للذين يؤلون من نسائهم أربعة أشهر ، فإن فاؤوا فإن الله غفور رحيم . وإن عزموا الطلاق ... " فالله عز وجل خير المولى بين الفئ والطلاق بعد مدة أربعة أشهر . وهذا يدل على أن التخيير يكون بعد المدة .

وهناك رأى ثان بأن الفئ الذى ينتهى به الإيلاء هو الفئ بعد مضى مـدة التربص – وهى أربعة أشهر من وقت صدور الإيلاء – ولذلك يقول ابـن قدامه " ولا يطالب بالوطء فيها – أى مدة التربص – فإن وطء فيهـا فقـد أوفاها حقها قبل محله وخرج من الإيلاء "[1] .

هل هناك فئ إلى الزوجة بغير جماع ؟

فئ الزوج إلى زوجته – عند الأحناف على ضربين :

أحدهما : فئ الفعل – والفعل هنا هو الجماع فى الفرج – ولذلك يقولـون بعدم اعتبار الفئ إذا كان الفعل قبلة أو لمسة بشهوة ، أو النظر إلى الفرج منها ، وسبب ذلك أن حق الزوجة فى الجماع فى الفرج ، وهو ظالم بمنعه فلا يندفع الظلم إلا به ، فيتعين الرجوع عما عزم عليـه – هـذا خـلاف الرجعة بأنها تثبت بالجماع فيما دون الفرج وباللمس عن شهوة .

الثانى : فَئٌ بالقول ، بأن يقول الرجل فئت إليك أو راجعتك .

[1]) المغنى لابن قدامه جزء ٧ ص٣٢٨ .

وقد اشترط الأحناف لصحة الفئ بالقول أن يكون الرجل عاجزاً عن الجماع ، وأن يستمر هذا العجز إلى أن تمضى مدة الفئ . بحيث إنه لو قدر على الجماع فى المدة بطل الفئ بالقول ، وانتقل الفئ بالجماع .

وهناك شرط آخر هو قيام ملك النكاح وقت الفئ بالقول ، بمعنى أن تكون المرأة زوجة غير بائنة من زوجها .

ودليل الأحناف فى هذا القول – هو إجماع الصحابة إذ روى عن على وابن عباس أنهم قالوا " الفئُ عند العجز بالقول " . يضاف إلى ذلك – أن الفئ فى اللغة هو الرجوع ، ومعناه فى الإيلاء عزم على منع الزوجة حقها فى الجماع ، وأكد العزم باليمين ، وبالفئ رجوع عما عزم والرجوع كما يكون بالفعل يكون بالقول .

الإمام الشافعى يرى أنه لا فئ إلا بالجماع ، لأن الفئ بالحنث ، والحنث هو فعل المحلوف عليه ، والمحلوف عليه هو القربان فلا يحصل الفئ إلا به ، إذ لا يكون الحنث باللسان .

يرى المالكية إن الرجل إذا آلى أمهل أربعة أشهر من يوم حلف ، فإن لم يطأ رفعته المرأة إلى القاضى إن شاءت ، فيأمره القاضى بالفئ ، إلى الوطء فإن أبى طلق القاضى عليه . فإذا قال الرجل أنا أفئ لم يعجل عليه الطلاق ، واختبره القاضى مرة وثانية ، فإن تبين كذبه طلق عليه .

كيفية الفيئة عند المالكية

لا تحصل الفيئة عند المالكية إلا بمغيب الحشفة فى قُبُلِ المرأة إن كانت ثيباً والإفتضاض إن كانت بكراً .

آثار الإيلاء عند عدم الفئ

قال الأحناف إذا مضت مدة الإيلاء أربعة أشهر من وقت الإيلاء – ولم تحصل فيئة وقعت طلقة بائنة ، وسند هذا الرأى أن الإيلاء عزم على الطلاق مؤكد باليمين ، ومضى المدة دون أن يفئ المولى مع القدرة ، فيه تحقيق العزم المؤكد باليمين ، ومن ثم تقع البينونة .

وقال رأى إذا مضت مدة الإيلاء – دون فئ – لم تطلق الزوجة بنفس مضى المدة ، وإنما يوقف المولى ويؤمر بالفيئة إذا رافعته زوجته إلى القاضى فإن أبى أمره القاضى بالطلاق . وإلى هذا ذهب مالك وجميع أصحابه وقول للشافعى .

يقول المالكية إن وقف المولى بعد مدة الفئ ، ولا طلق، طلق عليه القاضى طلقة يملك فيها الرجعة . وقال رأى يحبس الزوج المولى حتى يفئ أو يطلق [1] .

وحاصل ما تقدم أن الطلاق الواقع بالإيلاء هو طلقة واحدة بائنة عند الأحناف . وطلقة رجعية – سواء أوقعها المولى بنفسه أو أوقعها القاضى عليه – عند الحنابلة والشافعية . وقد روى عن الإمام أحمد أن تطليق القاضى على المولى يكون بطلقة بائنة لأنها فرقة لرفع الضرر فوجب أن تكون طلقة بائنة .

ما هو الحكم إذا حلف الزوج على ترك قربان زوجته مدة أربعة أشهر ؟

هناك فى الفقه آراء ثلاثة هى :

الأول : يقول به الأحناف ، وهو أن الإيلاء ينعقد إذا كان مدة الترك أربعة أشهر فصاعداً . يقول الكاسانى " المدة وهى أن يحلف على أربعة أشهر

---

[1]) مقدمات ابن رشد ص٤٨٠ .

فصاعداً ، أو يحلف مطلقاً أو مؤبداً . فإن حلف على أقل من أربعة أشهر لم يكن مولياً فى حق الطلاق "

ويقول صاحب فتح القدير عن المدة وشرطه " عدم النقص عن أربعة أشهر " وحجة هذا الرأى أن قوله تعالى " للذين يؤلون نسائهم تـربص أربعـة أشهر " فالمدة هنا تربص للفئ – وهو الرجوع إلى قربان الزوجة – والآية لم تجعل للزوج أن يتربص أكثر من هذه المدة . فإذا امتنع الزوج من وطء امرأته – باليمين هذه المدة وقع عليه حكم الإيلاء وهو طلاق زوجتـه لا فرق فى ذلك أن يكون الحلف على أربعة أشهر أو علـى أكثـر منهـا . يضاف إلى ذلك أن الآية الكريمة جعلت التربص فى الإيلاء أربعة أشهر ، فلا تربص بعدها ، فيجب بعد المدة (أربعة أشـهر) سـقوط الإيـلاء ، والإيلاء لا يسقط إلا بالجماع في داخل المدة . والطلاق بعد انقضاء المدة . بمعنى أنه إذا مضت أربعة أشهر دون جماه تبين المرأة مـن زوجهـا . وسبب ذلك أنه بالإسلاء عزم على مكنع نفسه من إيفاء حقها فى الجمـاع فى المدة وأكد العزم باليمين ، فإذا مضت المدة دون أن يفئ إلى زوجته مع القدرة على الفئ ، فقد حقق العزم المؤكد باليمين بالفعل ، فتأكد الظلم فـى حقها ، فتبين منه عقوبة له .

الثانى : أصحاب هذا الرأى يقولون إن الزوج يكون مولياً من زوجتـه إذا حلف على ترك الوطء أكثر من أربعة أشهر . وإلى هـذا ذهـب مالـك والشافعي والحنابلة . وعندهم يكون الزوج مولياً إذا حلف وأطلـق المـدة دون تحديد كأن يقول " أبداً " . وحجة هذا الرأى أن الآية الكريمة جعلـت أربعة أشهر فهى له بكمالها ، ولا اعتراض لزوجته عليه فيهـا . ولـذلك يتعين أن تزيد مدة الإيلاء على أربعة أشهر ، فإذا حلف الزوج على أربعة

أشهر أو ما دونها لم يكن هناك داع للتربص لأن هذه المدة تنقضي قبل الأربعة أشهر المحددة للفئ . وعند هذا الرأى لا تبين المرأة من زوجها بعد مرور الأربعة أشهر دون جماع ، بل توقف بعد مضي هذه المدة ويخير الرجل بين الفئ والتطليق إذ يتعين أن تعزيد المدة على أربعة أشهر

الثالث : أصحاب هذا الرأى يرون أنه لا تقدير لأقل مدة الإيلاء ، حتى أنهم يرون صحة الإيلاء إذا كانت مدته ساعة أو اكثر ، وقد عبر ابن حزم الظاهرى عن ذلك بقوله " ومن حلف بالله عز وجل – أو باسم من أسمائه تعالى – أن لا يطأ امرأته ، فسواء وقت ساعة أو أكثر إلى جميع عمره أو لم يوقت ، الحكم فى ذلك واحد " [1] لأن الآية " للذين يؤلون من نسائهم " جاءت مطلقة دون تقيد مدة الإيلاء بمدة أربعة أشهر وإنما هذه المدة هي مدة الفئ ، وليست مدة الإيلاء .

بطلان الإيلاء

يبطل الإيلاء بنوعين من أنواع البطلان هما :

النوع الأول : يبطل به الإيلاء أصلاً فى حق الحُكْمَين – البر والحنث – وهذا النوع هو الجماع فى الفرج فى المدة ، لأنه بالجماع يحنث ، واليمين لا يبقى بعد الحنث ، لأن حنث اليمين نقض لها ، والشئ لا يبقى مع وجود ما ينقضه .

النوع الثانى : ويبطل به الإيلاء فى حكم واحد – وهو البر – دون الحنث وهذا النوع يكون بأحد أمرين أحدهما الفئ بالقول إذ به يبطل الإيلاء في حق البر – حتى لا تبين المرأة بمضى المدة . وثانيهما الطلقات الثلاث سواء وقعت بالإيلاء أو طلقها ثلاثا عقيب الإيلاء فتزوجت ، ثم عادت إلى

---

[1]) المحلة جزء ١٠ ص٤٢ .

الزوج المولى فمضت أربعة أشهر لم يطأ فيها قال الجمهور لا يقع عليها شئ من الإيلاء ، وقال زفر لا يبطل بها الإيلاء ، ويقع عليها الطلاق بالإيلاء .

صفة الطلاق الواقع بالإيلاء

قال الأحناف : إن الواقع بعد مضى مدة الإيلاء من غير هو طلاق بائن ، سندهم فى ذلك اجماع الصحابة وما روى عنهم أنهم قالوا " إذا مضت أربعة أشهر تطليقه بائنة " يضاف إلى ذلك أن الطلاق بعد مضى مدة الفئ ، إنما يقع دفعاً للظلم ، ولا يندفع الظلم عن الزوجة إلا بالطلاق البائن ، لتتخلص منه ، فتتمكن من استيفاء حقها من زوج آخر .

وقال الشافعى – إذا خير المولى بعد انقضاء الأربعة أشهر ، فاختار الطلاق ، فهى طلقة واحدة رجعية ، وسنده فى ذلك أن الطلاق الواقع من المولى بعد مضى المدة يقع بإيقاع مبتدأ ، وهذا الإيقاع يكون بصريح الطلاق ، فيكون رجعياً .

عدد الطلاق الواقع بالإيلاء

هناك فى الفقه الحنفى رأيان :

الأول – يقول إن الطلاق فى إسلاء يتبع المدة ، ولا يتبع اليمين ، وعلى هذا الأساس يتبع الطلاق المدة ويتحدد باتحادها ، ويتعدد بتعددها ، لأن الزوج يمنع حق زوجته فى الجماع فى المدة مؤكد هذا المنع باليمين ، وبذلك يصير ظالماً ، والمنع يتحدد باتحاد المدة ، فيتحدد الظلم ، فيتحدد الطلاق ويتعدد بتعددها ، فمن قال لامرأته والله لا أقربك ، فلم يقربها حتى مضت المدة بانت منه بتطليقة واحدة . وإن قاربها لزمه كفارة واحدة .

الثانى – قال زفر – الإيلاء يمين ، فيدور الحكم مـــن اليمـــين ، فيتحـــد باتحادها ، لأن الحكم يتكرر بتكرر السبب ويتحد باتحـــاده . فمـــن قـــال لامرأته والله لا أقربك والله لا أقربك والله لا أقربك ، كانت الإلآت ثـــلاث عند زفر فى حق الحنث والبرر ، وينعقد كل إيلاء من حين وجوده ، فإذا مضت مدة الأربعة أشهر دون أن يفئ بانت ومنه امرأته بتطليقة ، ثـــم إذا مضت ساعة بانت بتطليقة أخرى ، ثم إذا مضت ساعة بانت بتطليقة أخرى واحدة إلا أنه إذا قربها فى المدة فعليه ثلاث كفارات .

المبحث الحادى عشر

التفريق باللعان

اللعان لغة الطرد والإبعاد من رحمة الله ، ويسمى ما يحصل بين الزوجين – لعاناً – لأن أحدهما كاذب بيقين فيكون مستحقاً للطرد والإبعاد من رحمة الله . وفى اصطلاح فقهاء الحنفية [1] ، اللعان شهادات تجرى بين الزوجين مؤكدات بالأيمان من الجانبين ، مقرونة باللعن من جانب الزوج . وبالغضب من جانب الزوجة قائمة مقام حد الزنا فى حقها .

ويكون اللعان إذا اتهم الزوج زوجته بالزنا أو نفى نسب ولدها إليه ولم يكن له بينة على دعواه ، ولم تصدقه الزوجة ، وطلبت إقامة حد القذف عليه ، أمره القاضى بملاعنتها ، بأن يقول الزوج أمام القاضى " أشهد أنى لمن الصادقين فيما رميت به فلانة هذه ويشير إليها إن كانت حاضرة – من الزنا أو نفى الولد – على حسب ما رماها به ، ويكرر هذا أربع مرات ، ثم يقول فى الخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا أو نفى الولد ، فإذا انتهى الزوج من ذلك أمر القاضى الزوجة بملاعنته بأن تقول " أشهد بالله أنه لمن الكاذبين فيما رمانى به من الزنا أو نفى الولد ، وتكرر هذا أربع مرات ، ثم تقول فى الخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماها به من الزنا أو نفى الولد .

اللعان عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى شهادة فيه معنى اليمين ، وعند محمد يمين فيه معنى الحد . وفائدة هذا الخلاف بينهما فى

---

[1]) عرف المالكية اللعان بأنه " حلف زوج مسلم مكلف على زنا زوجته أو نفى حملها ، وحلفها على كذبه أربعا " .

وعرف الشافعية بأنه " كلمات معلومة جعلت حجة للمضطر إلى قذف من لطخ فراشه وألحق العار به أو إلى نفى ولده .

حالة ما إذا عزل القاضى أو مات – بعد اللعان وقبل الفرقة – فعند أبى حنيفة وأبى يوسف ، القاضى الثانى يستقبل اللعان من جديد لأنها شهادة لم تصل بها الحكم . وعند محمد رحمة الله لا يستقبل القاضى الثانى اللعان لأنها يمين فى معنى الحد ، واليمين والحد إذا أمضاها القاضى لا يستقبلها قاضى آخر واستدل محمد بقوله صلى الله عليه وسلم لولا الأيمان التى سبقت لكان لى ولها شأن ولأن فى كلمات اللعان قوله " بالله " وهذا يمين . أما أبو حنيفة وأبو يوسف فقد استلا بقوله تعالى وشهادة أحدهم ... " ولأن اللعان يختص بمجلس القضاء ولفظ الشهادة فيكون اللعان شهادة فيها معنى اليمين .

ويرى الأحناف أنه إذا طلب القاضى من الزوج الملاعنة فأمتنع حبسه حتى يلاعن أو تصدقه الزوجة فيما ادعاه ، أو يكذب نفسه فيحد حد القذف .

وإذا امتنعت الزوجة عن اللعان حبست حتى تلاعن ، أو تصدق الزوج فيما ادعاه ، فإن صدقته خلى سبيلها من غير حد ، لأن تصدقها ليس بإقرار قصداً ، فلا يثبت به الحد ، ولأنها لو أقرت بالزنا ثم رجعت عن إقرارها لم تحد . وامتناعها عن اللعان أقل دلالة على الزنا من الإقرار الذى رجعت عنه فلا يجب به الحد .

وإذا التعن الرجل ثلاث مرات ، والتعنت المرأة ثلاث مرات أيضاً ثم فرق القاضى بينهما ، فالفرقة جائزة عند الأحناف ، وإن أخطأ القاضى الشبه لأن هذا حكم فى موضوع الاجتهاد فيجوز وينفذ ، وبيان ذلك من وجهين أولهما أن ما شرع مكرراً من واحد فقد يقام الأكثر منه مقام الكل وثانيهما أن تكرار اللعان للتغليظ ومعنى التغليظ يحصل بأكثر كلمات اللعان لأنه جمع متفق عليه ، وأدنى الجمع كأعلاه فى بعض المواضع ، فإذا اجتهد

القاضي وأدى اجتهاده إلى هذا الحكم نفذ حكمه . ألا ترى أنه فرق القاضي بينهما بعد لعان الزوج قبل لعان المرأة ينفذ حكمه لكونه مجتهداً فيه ، فإذا أتى كل منهما بأكثر كلمات اللعان أولى ولا يقال أن قضاء القاضي هنا مخالف للنص لأن الأصل الفرقة ومحلها غير مذكور فى النص . وهذا الاجتهاد فى محل الفرقة . .

يجب أن يبدأ الرجل باللعان ، ولا تبدأ المرأة به ، فإذا فرض وأمر القاضي المرأة أن تبدأ اللعان فبدأت هى أولاً ثم التعن الرجل بعد ذلك ، كان على القاضي أن يأمر المرأة بإعادة اللعان ، لأن المرأة التعنت قبلا أوانه .

واللعان مشروع فى جانبها لمعارضة لعان الزوج ، ولأن المرأة بلعانها لا يثبت شئ على الزوج ، وما حصل قبل أوانه – من لعان قامت هى به – لا يعتد به ، فيأمرها القاضي باستقبال اللعان ، فإذا لم يأمرها بذلك وفرق بينهما وقعت الفرقة لأنه حكم فى موضع الاجتهاد ولأن ما كان طريقه على طريق المعارضة لا فرق بين أن يسبق هذا أو ذاك . كما أنه فى باب التحالف للقاضي أن يبدأ بيمين أيهما شاء ، وأن الرجل والمرأة متلاعنان فسواء بدأت هى أو هو ، وحكمه فى الاجتهاد نافذ .

الأصل الذى بنى عليه اللعان

١) **القرآن** : يقول الله سبحانه وتعالى " والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله أنه لمن الصادقين والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ، ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله أنه لمن الكاذبين " . (سورة النور)

٢) **السنة** : من حديث عبد الله بن عمر أن فلان بن فلان قال يا رسول الله أرأيت لو وجد أحدنا امرأته على فاحشة كيف يصنع ، إن تكلم تكلم بأمر

عظيم ، وإن سكت سكت على مثل ذلك ، فسكت النبى صلى الله عليه وسلم فلم يجبه ، فلما كان بعد ذلك أتاه فقال الذى سألتك عنه ابتليت به ، فأنزل الله عز وجل الآيات السابقات من سورة النور فتلاهن عليه ووعظه وذكره وأخبره أن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة ، فقال لا ، والذى بعثك بالحق ما كذبت عليها ، ثم دعاها فوعظها واخبرها بأن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة فقالت لا ، والذى بعثك بالحق إنه لكاذب ، فبدأ بالرجل فشهد أربه شهادات إنه لمن الصادقين والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ، ثم ثنى بالمرأة فشهدت أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين ثم فرق بينهما .

صفة اللعان

يرى الأحناف أن اللعان واجب لأن الله تعالى قال " والذين يرمون أزواجهم .... الآية " وقال الشافعى إنه ليس بواجب واجنح بنفس الآية .

ومن صفات اللعان إنه لا يحتمل العفو والإبراء والصلح لأنه فى جانب الزوج قائم مقام الحد القذف فى جانب الزوج وفى جانبها قائم مقام حد الزنا وكل منهما لا يحتمل عفواً ولا لإبراء ولا صلحاً .

من صفات اللعان أنه لا تجرى فيه النيابة ، ولا يصح فيه .

سبب اللعان

سبب وجوب اللعان : ١) القذف بالزنا ٢) نفى الولد .

شروط اللعان

١) أن يكونا زوجين ، وأن يكون النكاح بينهما صحيحاً ، سواء دخل بها الزوج أو لم يدخل ، وإذا كان النكاح فاسداً لا يجب اللعان لأنه ليس بزوج ، وقد قضى بأنه إذا كانت المدعية مطلقة من المدعى عليه ، ومنقضية

العدة بولادة الولد فلا يصح اللعان بينهما ، وبالتالى لا يمكن نفى نسب الولد بطريق اللعان (ق ١٢٨/١٩٤٠ مستأنف مصر)

٢) أن يكونا أهلاً للشهادة ، حتى أن اللعان لا يجرى بين الزوجين إذا كانا محدودين فى القذف أو أحدهما أو كانا صبيين أو أحدهما أو مجنونين أو أحدهما .

إذا قذف المسلم امرأته المسلمة بالزنا ، فإن كفت عن مرافعته – أى لم تلجأ إلى القاضى – فهى امرأته ، لأن حقيقة زناها لا ينافى بقاء النكاح بينهما . واللعان هنا كالحد فى قذف الأجانب . وذلك لا يستوفى إلا بطلب المقذوف ، والمرأة هنا لم تطلب . أما إذا دفعت المرأة زوجها إلى القاضى بدأ بالرجل فأمره أن يلاعن فيقوم فيشهد أربع مرات بالله إنه لمن الصادقين فيما رماها به من الزنا والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا ثم نتقدم المرأة فتشهد أربع شهادات بالله أنه لمن الكاذبين فيما رماها به من الزنا والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماها به من الزنا .

إذا قذف الرجل امرأته مرات فعليه لعان واحد لأن اللعان فى كونه موجب قذف الزوجات كالحد فى حق الأجنبيات ، والحد لا يتكرر بتكرر القذف لشخص واحد . أما إذا قذف الرجل أربع نسوة فى كلمة واحدة أو فى كلمات متفرقات فعليه أن يلاعن كل واحدة منهن على حدة بتعذر الجمع بينهن فى كلمات اللعان فقد يكون صادقاً فى بعضهن فلهذا يلاعن كل واحدة على حدة .

إذا قذف الرجل امرأته ثم بانت منه بطلاق أو غيره فلا حد عليه ولا لعان ، وسبب ذلك أن المقصود باللعان التفريق بينهما ولا يتأتى ذلك بعد البينونة

، فلا معنى ذلك اللعان بعد فوات المقصود ، ولا حد عليه لأن قذفه كان موجب الحدين .

إذا علق الرجل القذف بشرط لم يجب الحد ولا اللعان لأن القذف مما لا يحلف به فلا يتعلق بالشرط ، ولأن التعليق بالشرط يمنع تحقيق نسبة المرأة إلى الزنا فى الحال ، ولأن من لا تكون زانية قبل دخول الدار لا تكون زانية بدخول الدار .

إذا تم اللعان بين الزوجين أمام القاضى ترتب عليه

١) تحريم استمتاع كل من الزوجين بالآخر بمجرد اللعان من غير توقف على تفريق القاضى .

وصف الحرمة بين المتلاعنين

قال أبو يوسف من الأحناف أن الفرقة باللعان تكون فرقة بغير طلاق لأن عنده يثبت باللعان حرمة مؤبدة بين المتلاعنين .

وقال أبو حنيفة ومحمد الفرقة باللعان تكون فرقة بالطلاق وعلى رأيهما لا تتأثر الحرمة باللعان وحجتهما أن الثابت بالنص اللعان بين الزوجين فلو أثبتنا باللعان حرمة مؤبدة كانت هذه الحرمة زيادة على النص ، وذلك لا يجوز . ثم الفرقة باللعان تختص بمجلس القضاء ، ولا يتقرر سبب اللعان إلا فى نكاح صحيح فيكون اللعان فرقة بطلاق كالفرقة بسبب الجب والعنة ، ويضاف إلى ذلك أن باللعان يفوت الإمساك بالمعروف فيتعين التسريح بإحسان ، فإذا امتنع منه الزوج ناب القاضى منابه فيكون فعل القاضى كفعل الزوج ، وإذا ثبت أن اللعان طلاق فالحرمة بسبب الطلاق لا تتأبد . أما قوله صلى الله عليه وسلم " المتلاعنان لا يجتمعان أبداً " . فقد قصد به عدم اجتماعهما حال تشاغلهما باللعان كالمتقاتلين والمتضاربين ، وأنه حال

تشاغلهما باللعان لا تقع الفرقة بينهما . كما أن المتلاعنين من حيث المجاز يسميان متلاعنين ما بقى اللعان بينهما حكماً ، وهما لا يجتمعان ما بقى اللعان بينهما وإنما تجوز المناكحة بينهما إذا لم يبق اللعان بينهما حكماً ، ولذلك لا تتأبد الحرمة باللعان . (المبسوط جزء ٧ ص٤٣)

٢) وجوب الفرقة بين الزوجين

يرى أبو حنيفة وصاحباه وجوب الفرقة بين الزوجين ما داما على حال اللعان – أى مستوفيان شروط اللعان . هذه الفرقة لا تقع بنفس اللعان وإنما يشترط أن تكون بقضاء القاضى ، لأن اللعان غير موضوع للفرقة ولا هو مناف للنكاح ، إلا أن الفرقة بين الزوجين لقطع المنازعة والخصومة وفوات المقصود بالنكاح مع إصرار الزوجين على كلامهما ، وعلى هذا الأساس لا تتم الفرقة إلا بقضاء القاضى . واستدل هذا الرأى بما روى عن نافع عن ابن عمر رضى الله عنهما أن رجلاً لاعن امرأته فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم ، وانتفى من ولدها ، ففرق النبى بينهما ، وألْحقَ الولد بالمرأة . وعن ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم ، لما لاعن بين عاصم بن عدى وبين امرأته فرق بينهما . وروى أيضاً أن الرسول الكريم لاعن بين العجلانى وبين امرأته ، فلما فرغ من اللعان فرق بينهما ثم قال صلى الله عليه وسلم الله يعلم أن أحدكما لكاذبٌ ، فهل منكما كاذب قال ذلك ثلاث مرات ثم فرق بينهما . هذه الأحاديث دلت على أن الفرقة فى اللعان لا تقع بلعان الزوج ولا بلعانها ، إذ لو وقعت ما أحتمل التفريق من رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد وقوع الفرقة بينهما بنفس اللعان ، وأضاف الأحناف القول بأن ملك النكاح كان ثابتاً قبل اللعان ، والأصل أن الملك متى ثبت لإنسان لا يزول إلا بإزالته ، أو بخروجه من أن يكون منتفعاً به

فى حقه ، لعجزة عن الانتفاع به ، ولم توجد الإزالة من الزوج لأن اللعان لا ينبئ عن زوال الملك ، فهو شهادة مؤكدة باليمين ، أو هو يمين ، وكل واحد منهما لا ينبئ عن زوال الملك ، ولهذا لا يزول الملك بسائر الشهادات والإيمان ، والقدرة على الامتناع ثابتة ، فلا تقع الفرقة بنفس اللعان [١] . ومؤدى هذا بقاء العصمة حتى يفرق القاضى ، وقبل تفرقة يكون للزوج طلاق زوجته وظهاره منها وإيلاؤه ويجرى التوارث بينهما – قبل التفريق .

قال الشافعى ومالك وزفر من الأحناف بوقوع الفرقة بنفس اللعان . وفى هذه الفرقة تفصيل إذ يرى الشافعى وقوع الفرقة بلعان الزوج قبل أن تلتعن المرأة وسبب ذلك عنده أن الفرقة أمر يخص الزوج – فهو المختص بسبب الفرقة فلا يقف وقوعها على فعل المرأة كالطلاق . وعند زفر لا تقع الفرقة إلا إذا التعنا – الرجل والمرأة – فى ذلك وسنده فى ذلك قول رسول الله صلى الله عليه وسلم " المتلاعنان لا يجتمعان أبداً " .

والحنابلة يرون أيضاً عدم وقوع الفرقة قبل تمام اللعان .

٣) وصف الفرقة باللعان

قال أبو حنيفة ومحمد الفرقة فى اللعان فرقة بتطليقة بائنة تزيل ملك النكاح وتثبت حرمة التزوج ما داما على حالة اللعان ما لم يكذب الزوج نفسه أو أكذبت الزوجة نفسها بأن صادقته ، فى هذه الحالة يجوز النكاح بينهما ويجتمعان . وأجنح أبو حنيفة ومحمد بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما لاعن بين عويمر العجلانى وبين امرأته فقال عويمر كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها فهى طالق ثلاث فصار طلاق الزوج عقيب

---

[١] البدائع للكاسانى جزء ٤ ص٢٤٤ .

اللعان سنة المتلاعنين لأن عويمر طلق امرأته ثلاثاً بعد اللعان عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فأنفذها عليه الرسول فيجب على كل ملاعن أن يطلق ، فإذا أمتنع طلق عليه القاضى – أى ينوب عنه فى إيقاع الطلاق .

وقال أبو يوسف وزفر والحسن بن زياد إن الفرقة فى اللعان فرقة بغير طلاق ، وهذه الفرقة توجب حرمة مؤبدة كحرمة الرضاع والمصاهرة ، احتجوا بقول رسول الله " المتلاعنان لا يجتمعان أبداً "

وقال مالك الفرقة فى العان فسخ بغير طلاق وهى فرقة مؤبدة لا يتراجع الزوجان بعده أبداً واستدل بقول النبى صلى الله عليه وسلم للزوج بعد تمام اللعان " لا سبيل لك إليها " لأن ظاهره التأبيد إذا لم يقيد الرسول ذلك بشرط يحلها به ، لأن التحريم إذا أطلق من غير تقييد محمول على التأبيد . وإلى هذا ذهب الحنابلة " فرقة اللعان فسخ لأنها توجب تحريماً ، فكانت فسخاً كفرقة الرضاع ، ولأن اللعان ليس بصريح فى الطلاق ولا نوى به الملاعن الطلاق ، فلم يكن طلاقاً ، ولو كان طلاقاً لوقع بلعان الزوج دون دون لعان الزوجة .

٤) انتفاء نسب الولد عن الزوج ، وإلحاقه بأمه – إذا كان القذف بنفى الولد وإذا انتفى نسب الولد من الملاعن كان الولد أجنبياً عنه ، ولا يتوارثان ولا نفقة له عليه .

ويشترط أن يظل الولد حياً حتى الحكم بقطع النسب . فلو ولدت المرأة ولداً ونفى الزوج نسبه ثم مات قبل حصول اللعان ، أو مات بعد حصوله وقبل الحكم بقطع نسبه من الزوج لا ينتفى عنه النسب ، لأن النسب يتقرر بالموت ، والشئ إذا تقرر لا يمكن نفيه .

وإذا فرق القاضى بين المتلاعنين – بعد اللعان – يلزم الولد أمه فقد روى عن بشر عن أبى يوسف أنه لابد من أن يقول القاضى فرقت بينكما وقطعت نسب هذا الولد منه ، حتى أنه لو لم يقل ذلك لا ينتفى النسب عنه ، وهذا صحيح لأنه ليس من ضرورة التفريق باللعان نفى النسب ، كما بعد موت الولد يفرق بينهما باللعان ولا ينتفى نسبه عنه فلابد من أن يصرح القاضى بنفى النسب .

إذا قضى القاضى باللعان بين رجل وامرأته بناء على شهادة الشهود ثم أبطلت شهادتهم بوجه من الوجوه فإن القاضى يبطل اللعان الذى كان بين الرجل وامرأته ويبطل الفرقة ، ويردها إليه ، لأنه تبين أنه قضى بغير حجة ، والقضاء بغير حجة باطل مردود ، وصورة ذلك أنه إذا ادعت امرأة على زوجها أنه قذفها ، وجحد الرجل هذا الإدعاء ، فأقامت البينة على القذف . وأمر القاضى الزوج أن يلاعن زوجته فأبى أن يفعل وقال لم أقذفها ، وأن شهودها شهدوا على بالزور ، فإن القاضى يجبره على اللعان لأنه ممتنع من إيفاء ما هو مستحق عليه ، ويحبسه أو يهدده بالحبس حتى يلاعن ، فإذا لاعن الرجل امرأته ، والتعنت المرأة أيضاً وفرق القاضى بينهما ثم ظهر بطلان الشهادة لأى سبب شرعى ، فإن القاضى يبطل العان ، ويبطل الفرقة ويرد المرأة إلى زوجها ، لأن إقرار الرجل باللعان لم يلزمه شئ لأنه جاء بناء على تهديد بالحبس ، وهو إكراه ، وبظهور بطلان شهادة الشهود أصبح هذا الإكراه بباطل حقيقة . المبسوط جزء ٢٤ ص١٥٥ .

ما هو الحكم إذا صدقت الزوجة زوجها فى نفى نسب ولدها منه ؟

يرى الأحناف أن نسب الولد لا ينقطع وسبب ذلك تعذر اللعان لما فيه من تناقض حيث تشهد بالله إنه لمن الكاذبين ، وقد قالت إنه ادق ، وإذا تعذر اللعان تعذر قطع النسب ، لأنه حكم اللعان ويكون الولد ابنها لا يصـــدقان على نفيه ، لأن النسب قد ثبت ، والنسب الثابت بالنكاح لفا ينقطع باللعان ، ولم يوجد ، ولا يعتبر تصادقها على نفى النسب لأن ، النسب يثبـــت حقـــاً للولد ، وفى تصادقها على النفى إبطال حق الولد – وهذا لا يجوز .

شروط قطع النسب

١) التفريق – وسبب ذلك أن النكاح قبل التفريق قائم .

٢) أن يكون القذف بالنفى بحضرة الولادة أو بعدها بليوم أو يومين .

٣) أن لا يسبق النفى عن الزوج ما يكون إقرارا منه بنسب الولد لا نصـــا ولا دلالة .

٤) أن يكون الولد حياً وقت قطع النسب – وهو وقت التفريق .

٥) أن لا يكون نسب الولد محكوماً بثبوته شرعاً .

٦) بقاء المتلاعنين على حال اللعان ، فإنسقط اللعان يعد وجوبه بطل الحكم بعد وجوده – قبل التفريق .

المبحث الثانى عشر

التفريق بالظهار

التعريف بالظهار وأصل مشروعيته

الظهر من كل شئ خلاف البطن ، والظهار من النساء ، وظاهر الرجل امرأته ، والله عز وجل يقول " والذين يظاهرون من نسائهم "

والظهار عند الفقهاء هو تشبيه الرجل وطء من تحل له من النساء بوطء من تحرم عليه منهن تحريماً مؤبداً بنسب أو صهر أو رضاع [١] . وقيل حقيقة الظهار الشرعية : تشبيه الزوجة غير البائن بأنثى لم تكن حلالاً [٢] . وقيل : الظهار تشبيه المسلم من تحل له أو جزؤها بظهر محرم أصالة أو جزئه [٣] . وعند الحنابلة : الظهار هو أن يشبه امرأته أو عضواً منها بمن تحرم عليه ولو إلى أمه أو بعضو منها [٤] .

يقول الكاسانى – من الأحناف – فى بدائعه الظهار تشبيه الحلال بالحرام . كان الظهار عند العرب معروفاً وتكنى عنه بالظهر فيقول الزوج " امرأتى على كظهر أمى " قاصداً أن ركوبها للنكاح حرام عليه كروب أمه للغشيان ، فأقام الركوب مقام النكاح لأن الناكح راكب ، وأقام الظهر مقام الركوب لأنه موضع الركوب . وكان الظهار طلاقاً ، ولما جاء الإسلام جاءت امرأة [٥] من الأنصار إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم تشتكى زوجها أوس بن الصامت ، فقالت يا رسول الله : طالت صحبتى مع زوجى ،

---

[١]) مقدمات ابن رشد من المالكية ص٤٦٥ .

[٢]) مغنى المحتاج – الشافعية جزء ٣ ص٢٢٩ .

[٣]) الشرح الكبير للدردير – المالكى - جزء ٢ ص٢٣٩ وما بعدها .

[٤]) غاية المنهى فى المجمع بين الامتناع والمنتهى جزء ٣ ص١٩٠ .

[٥]) هذه المرأة خولة – قيل بنت ثعلبة وقيل بنت الصامت وقيل بنت الدليج وقيل بنت خويلد . مقدمات ابن رشد ص٤٦٦ .

وأكل شبابى ، ونثرت له بطنى حتى إذا كبر سنى وانقطع ولدى ، ظــاهر منى " فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : حرمت عليــه ، فقالــت أشكو إلى الله فاقتى إليه يا رسول الله طالت صحبتى مع زوجى ونفضت له بطنى وظاهر منى ، فقال رسول الله حرمت عليه . فكلما قال لهــا ذلــك رسول الله هتفت وصاحت وقالت أشكو إلى الله فاقتى ، فنزل الوحى ، وقد قامت السيدة عائشة من المجلس وأومت إلى خولة أن تسكت ، فلما قضــى الوحى قال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم لخوله أدعى لى زوجك فتلى عليه رسول الله " قد سمع الله قول التى تجادلك فى زوجها وتشتكى إلى الله والله يسمع تحاوركما إن الله سميع بصير الذين يظاهرون منكم من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا " فقال له الرســول – اتستطيع أن تعتق رقبة ، فقال لا – قال الرسول " فمن لــم يجــد فصــيام شهرين متتابعين – أتستطيع أن تصوم شهرين متتابعين – فقال يا رســول الله إنى إذا لم آكل فى اليوم ثلاث مرات خشيت أن يعشو بصرى – قــال الرسول – فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً – فهل تستطيع أن تطعــم ستين مسكيناً ، قال لا يا رسول الله إلا أن تعيننــى ، فأعانــه رســول الله فأطعم ستين مسكيناً وراجع امرأته (١) . ومن هنا شرع الإسلام الظهــار ، وهو تحريم رفعته الكفارة .

وبإمعان النظر فى آية الظهار نجد أن الإسلام قد حرمه ، واســتنكره ، إذ ليس أدخل فى معنى الحرمة من أن يكون قول الظهار منكراً مــن القــول وزورا ، فالآية الكريمة بعد أن أوضحت ، أن قول المظاهر لا يغير مــن الحقيقة شيئاً ، إذ لا تصير الزوجة بهذا أماً رأس لأن الأم هى التى ولدت

(١) قالت السيدة عائشة سبحان من وسع سمعه الأصوات فإنى لأرجّل رأس رسول الله اسمع بعض كلامها ويخفى على بعضه ، إذ نزل الوحى يقول " قد سمع الله ... " مقدمات ابن رشد .

الولد كما يقول المولى عز وجل فى آية أخرى " وما جعل أزواجكم اللائى تظاهرون منهن أمهاتكم " كما أن قوله لا يعد طلاقاً كما كان عليه الحال فى الجاهلية – فهو منكر من القول وزور ، وإنما تحرم المرأة على زوجها فلا يحل له قربانها والاستمتاع بها – بأى وجه من وجوه الاستمتاع – إلا إذا كفر عما صدر منه من قول ، وذلك تغليظاً عليه وتأديباً له ، فقد جعل المرأة الحلال له كالمرأة المحرمة عليه ، فكان جزاؤه الكفارة .

أركان الظهار

يقول الكاسانى من الأحناف " أما ركن الظهار فهو اللفظ الدال على الظهار ، والأصل فيه قول الرجل لامرأته " أنت على كظهر أمى " يقال ظاهر الرجل من امرأته . والظهار معناه تشبيه الحلال بالحرام ولهذا وصفه الله تعالى منكراً من القول وزورا [1] .

وعند الشافعية أركان الظهار أربعة : مظاهر ، ومظاهر منها ، وصيغة ، ومشبه به .

وقد اتفق الأئمة الأربعة على أن الظهار لا يكون إلا من الزوج ، إذ لا يصح ظهار الزوجة لأن الله تعالى قال " الذين يظاهرون من نسائهم . ولا يكون الظهار إلا من زوجة شرعاً – أى تكون زوجة فى زواج صحيح شرعى ، ولا يصح الظهار فى نكاح فاسد لأن الزوجة فى الزواج الفاسد لا تكون محلاً للظهار .

والمشبه به فى الظاهر لابد أن يكون من جنس النساء ، وأن تكون محرمة على المظاهر حرمة مؤبدة – كالأم والجدة . أما إذا كانت المرأة المشبه بها محرمة تحريماً مؤقتاً كأخت الزوجة أو عمتها ، فقد قال الشافعى [2] إن

---

[1]) البدائع جزء ٣ ص٢٢٩ .
[2]) ومع الشافعى الأحناف والجعفرية .

هذا التشبيه ليس بظهار بينما الإمام أحمد فى إحدى روايتيه يقول بأنه تشبيه يقع به الظهار ، لأنه شبه بمحرمة عليه وفى الرواية الثانية يقول إن هذا التشبيه ليس بظهار ولكن الرواية الأولى هى الصحيحة عندهم .

ما هو الحكم إذا كان المشبه بع عضواً من المشبه به ؟

اتفق الفقهاء الأحناف والمالكية والشافعية والحنابلة على أنه إذا كان المظاهر به عضواً من امرأة تحرم على المظاهر حرمة مؤبدة ولا يحل له النظر إليه كالبطن والفرج والظهر والفخذ فإن ظهاره يقع .

شروط الظهار

للظهار شروط يتعين توافرها ، ومنها ، ومنها ما يتعلق بالمظاهر ، ومنها ما يتعلق بالمظاهر منه ، ومنها ما يتعلق بالمظاهر به .

الشروط التى تتعهلق بالمظاهر

يتطلب الأحناف فى المظاهر عاقلاً لأن حكم الحرمة وخطاب التحريم ، لا يتناول من لا يعقل ، فيخرج بذلك المجنون والصبى الذى لا يعقل ، وكذلك المعتوه والمجدهوش الذى ذهب عقله من ولَه أو فزع . ويشترط فى المظاهر أن يكون بالغاً لأن الظهار من التصرفات الضارة فلا يملكه الصبى .

ويشترط أن يكون المظاهر مسلماً – عند الأحناف بخلاف الشافعى .

الشروط الى ترجع إلى المظاهر منه

١) أن تكون المظاهر منها زوجة للمظاهر ، فلا يصح الظهار من الأجنبية

٢) أن يكون النكاح قائماً من كل وجه فلا يصح ظهار من طبقت ثلاثا ولا المبانة ولا المتخلعة – وإن كانت فى العدة .

٣) أن يكون الظهار مضافاً إلى بدن الزوجة أو إلى عضو منها جامع أو شائع – وليس هذا بشرط عند الشافعي .

الشروط التي ترجع إلى المظاهر به

١) أن يكون المظاهر به من جنس النساء – ولذلك لو قال لها أنت على كظهر أبي لا يصح الظهار .

٢) أن يكون المظاهر به عضواً لا يصح للمظاهر النظر إليه كالظهر والبطن والفرج ، فإذا كان المظاهر به رأس أمه أو وجهها أو رجلها لا يصح الظهار .

٣) أن يكون العضو المظاهر به من امرأة يحرم على المظاهر نكاحها عليه على التأبيد سواء كانت الحرمة بالرحم أو بالرضاع أو بالمصاهرة .

حكم الظهار

يترتب على الظهار :

أولاً : حرمة الوطء قبل الكفارة وإلى هذا ذهب الأحناف والشافعية والحنابلة وسند هذا القول ما رواه الترمذي من أن رجلاً [1] أتى النبي صلى الله عليه وسلم قد ظاهر من امرأته فوقع عليها فقال يا رسول الله إني ظاهرت من امرأتي فوقعت عليها قبل أن أكفر ، فقال الرسول ما حملك على ذلك يرحمك الله ؟ قال : رأيت خلخالها في ضوء القمر ، قال الرسول فلا تقربها حتى تفعل ما أمرك الله . وما أمر الله هنا هو الكفارة . قال تعالى " والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا "

---

[1]) هو سلمة بن صخر البياض .

يقول ابن حزم الظاهرى لا يحرم عليه الوطء قبل الإطعام لأن الله شرط العتق والصيام قبل التماس ولم يشترط ذلك فى الكفارة بالإطعام .

ثانياً : الاستمتاع بالزوجة المظاهر منها .

يقصد بالاستمتاع هنا الاستمتاع بما دون الفرج - أى بما دون الوطء - من مباشرة وتقبيل ولمس عن شهوة ونظر إلى الفرج عن شهوة قبل أن يكفر المظاهر - قال تعالى " من قبل أن يتماسا " وسبب ذلك أن الاستمتاع داع إلى الجماع ، فإذا حرم الجماع حرم الداعى إليه ، إذ لو لم يحرم لأدى إلى التناقض . والفقهاء على رأيين فى هذا الشأن : رأى يقول بحرمة هذا الاستمتاع ومن هذا الرأى الأحناف ومالك وقول عند الحنابلة وهناك رأى آخر بعدم الحرمة قال به رأى عند الشافعية وحكى عن مالك . غير أن الرأى الأول هو الأقرب إلى قول الله عز وجل بالكفارة قبل أن يتماسا .

ثالثاً : للمرأة المظاهر أن تطالب بالوطء ، فإن هى طلبته كان على القاضى أن يجبره حتى يكفر ويطأ - لأن التحريم بالظهار منه ضرر بها من حيث منعها حقها فى الوطء مع قيام ملك النكاح - وفى وسع المظاهر إزالة الحرمة بالكفارة ، فيجبل عليه ذلك ويجبر عليه لو امتنع .

انتهاء الظهار

ينتهى الظهار بأحد أمرين :

الأمر الأول : بالكفارة وهى ثلاثة أشياء : تحرير رقبة أو صيام شهرين متتابعين أو إطعام ستين مسكيناً عند عدم استطاعة المظاهر على الأمرين السابقين . قال تعالى " والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ذلكم توعظون به والله بما تعملون خبير ، فمن لك يجد فصيا شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا ، فمن لم يستطع

فإطعام ستين مسكيناً ذلك لتؤمنوا بالله ورسوله ، وتلك حدود الله وللكافرين عذاب أليم "

يقول ابن رشد فى مقدماته اختلفوا فى العودة – يعـودون لمـا قـالوا – الموجبة على المظاهر على ستة أقوال :

القول الأول : هو إرادة الوطء والإجماع عليه وهو قول مالك فى موطئـه بمعنى أن المظاهر إذا أراد وطء امرأته المظاهر منها ، وأجمع على ذلـك فقد وجبت عليه الكفارة . جاء فى الشرح الصغير للدردير " تجب الكفـارة – أى يتوجه الطلب بها بالعود – وهو العزم على وطئها وتتقرر الكفـارة عليه بالوطء .

القول الثانى : أنها إرادة الوطء والإجماع عليه مع استدامة العصمة فمتى إنفرد أحدهما دون الآخر لم تجب الكفارة ، فإن أجمع المظاهر على الوطء ثم قطع العصمة بطلاق فلم يستدمها أو انقطعت بموت سقطت الكفـارة . وكذلك إذا استدام العصمة ولم يرد الوطء ، ولا أجمع عليه لم تجب عليـه الكفارة .

القول الثالث : إن العودة – الوطء نفسه – فمن وطأ لزمته الكفـارة ، ولا تجب عليه قبل ذلك .

القول الرابع : العود هو استدامة العشرة بأن يمسك زماناً زوجته يمكنه أن يطلقها فلم يفعل ، بمعنى أن الزوج إذا ظاهر من زوجته ولم يطلقها طلاقاً متصلاً بالظهار فقد وجبت عليه كفارة ، وإلى هذا القول ذهـب الشـافعية وقالوا إن الدليل على ذلك أن تشبيه الزوجة بالأم يقتضى أن لا يمسـكها ، فإذا أمسكها فقد عاد فيما قال .

القول الخامس : المقصود بالعود أن يكرر المظاهر قول الظهار – بمبنى أن يتكلم بالظهار مرة أخرى – وهذا مذهب أهل الظاهر .

القول السادس : يقول إن المقصود بقوله تعالى " ثم يعودون لما قالوا " أى العودة فى الإسلام إلى نفس القول بالظهار الذى كانوا يظاهرون بــه فــى الجاهلية ويعدونه طلاقاً [1] .

المقصود بالتماس الوارد بالنص

اختلف الفقهاء فى المقصود بقول الله عز وجل " من قبل أن يتماسا " على النحو التالى قال المالكية : لا يقبل من المظاهر أن يقبل أو يباشر أو يمس حتى يكفر ، وقال آخرون أن المراد بالتماس هــو الــوطء خاصــة – إذ للمظاهر أن يقبل ويباشر ويطأ فى غير الفرج ، فالنهى قصد به الجمــاع فقط .

الأمر الثانى : انتهاء الظهار بمضى المدة أو بالموت .

إذا كان الظهار مؤقتاً بمدة ، فإنه ينتهى ويبطل بمضى مدة الظهار . فــإذا ظاهر الرجل من امرأته مدة شهر ، ومضى الشهر دون أن يحنث فى يمينه خلال الشهر ، فلم يجامع امرأته فيه ولم يستمتع بها ، فإن ظهــاره منهــا يزول ويبطل حكمه بمضى مدة الظهار .

وينتهى الظهار ويبطل حكمه أيضاً بموت أحد الزوجين قبل أن يطأ الزوج زوجته إذ لا يتصور بقاء الظهار بموت محله . ولا يجب على المظــاهر كفارة فى هذه الحالة عند عامة الفقهاء – بخلاف من قال أن الكفارة بمجرد الظهار . ويتوارثا على الرأى الأول ، فيرث الحى منهما الميت .

---

[1]) مقدمات ابن رشد ص٤٦٩ .

سبب وجوب الكفارة فى الظهار

قال بعض الفقهاء أن سبب وجوب الكفارة هو " وجود العود والظهار – أى العزم المؤكد على الجماع أى الإمساك بالمعروف عن الظهار قال تعالى " والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا " وأصحاب هذا الرأى جمعوا بين الظهار والعود كسبب لوجوب الكفارة ، لأن الظهار كبيرة فلا يصح سبباً للكفارة ، لأن الكفارة عبادة ، أو المغلب فيها معنى العبادة . ولا يكون المحظور وحده سبباً للعبادة . فعلق وجوب الكفارة عليهما معاً ليخفف من معنى الحرمة باعتبار أن العود الذى هو إمساك سيكون دائراً بين الحظر والإباحة ، فيصبح سبباً للكفارة الدائرة بين العبادة والعقوبة .

وقال رأى أن سبب وجوب الكفارة هو العود ، والظهار شرط ولفظ آية الظهار يحتملها " والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة " فيكون حمل الآية عليهما أو على الأخير . ولما كان العود هو الأصل بالنسبة لتركيب الآية فيصار إليه ، ولذا قال صاحب المحيط أن سبب وجوب الكفارة هو العزم على الوطء والظهار شرط ، وقال آخرون أن سبب الكفارة هو العزم على إباحة الوطء وليس العزم على نفس الوطء ، والاستباحة ضد الحرمة ، لا نفس الوطء .

آراء الفقهاء فى قوله تعالى ثم يعودون لما قالوا

قال الأحناف – المقصود بالعود هو " العزم على الوطء عزماً مؤكداً وقالوا إن أوس بن الصامت دعا امرأته إليه بعد ظهاره منها ، فقالت له " والذى نفس خولة بيده لا تصل إلىّ ، وقد قلت ما قلت حتى يحكم الله ورسوله .

قال المالكية – المقصود بالعود هو " العوم على الوطء مع نية الإمساك – أو هو الوطء نفسه . لأن العزم قول نفسي والمظاهر قال قـولاً يقتضـى التحليل ، ولا يصح أن يكون ذلك القول عند الكاح لنه باق ، فلم يبق ، إلا أنه قولُ عزم ، يخالف ما أعتقده وقاله فى نفسه من الظهار الذى أخبر عنه بقوله " أنت على كظهر أمي " وإذا كان كذلك كفَّر ، وعاد إلى أهلـه ولا يكون ذلك إلا بعد إمساكها .

قال الشافعى – العود هو امساك المرأة على النكاح بعد الظهار – وهو أن يسكت عن طلاقها عقيب الظهار بمقدار ما يمكنه طلاقها فيه – وكذلك إذا أمسكها هذه المدة دون أن يطلقها فقد زجبت الكفارة . على وجه لا يحتمل السقوط بعد ذلك .

والظهار قد يكون صـريحاً " كانـت على كظهـر أمى " وقد يكون كناية " كأنت على كأمى " وهنا يتوقف الحكم على نية الظاهر .

الكفارة فى الظهار

عتق رقبة ، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين فمن لم يسـتطع فإطعـام ستنين مسكيناً .

والكفارة منهية للحرمة ، فلابد من تقديمها على الوطء ، حتى يكون الوطء حلالا بمعنى أن الكفارة تكون قبل العزم – عزماً مؤكداً – على الـوطء ، وقبل العزم على استباحة الوطء ، وهو حق وواجب عليه ديانة وقضـاء ، وعلى القاضى إلزام المظاهر بالتكفير دفعاً للضرر عـن المـرأة ورفـع معصية الرجل الواقعة بظهاره ، وبرفع المعصية يحل الوطء . وإذا قـال الرجل كفرت صدقه القاضى ، وإذا امتنع يجوز حبسه وضـربه أو يطلق (ابن عابدين جزء ٢ ، وفتح القدير جزء ٣) .

المبحث الثالث عشر

التفريق بسبب إباء الزوج الإسلام

المقــرر فــى الشرع الإسلامى أن المسلمة لا تحل لغير المسلم قال تعالى " ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا " وقال صلى الله عليه وسلم " الإسلام يعلو ولا يعلى عليه " . وعلى ذلك :

أ) إذا أسلم الزوج وبقيت زوجته غير مسلمة ، فهناك حالات ثلاث :

١) أن يكون بين الزوج الذى أسلم وبين زوجته التى بقيت على دينها سبب من أسباب التحريم – التى يقرّرها الشرع الإسلامى كزواج المحارم – فى هذه الحالة تقع الفرقة بسبب هذا التحريم ، وهذا محل اتفاق بين الأئمة .

٢) أن تكون الزوجة كتابية وليس بينها وبين زوجها الذى أسلم سبب مــن أسباب التحريم ، فى هذه الحالة يبقى الزواج قائماً لعدم وجود المنافى لبقائه

٣) أن تكون الزوجة من غير أهل الكتاب ، فى هذه الحالة هى امرأته حتى يعرض عليها الإسلام فإذا أسلمت أو دخلت فى دين سماوى – أى أصبحت من أهل الكتاب – بقى الزواج قائماً ، وان أبت الإسلام أو لم تدخل فى دين سماوى ، فرق القاضى بينهما . والفرقة هنا فسخ لعقد الزواج عند الأحناف والأحناف يحتجون لرأيهم بأن النكاح كان صحيحاً بين الزوجين فلا يرتفع إلا بعد وجود السبب الموجب له وإسلام المسلم منهما لا يصلح سبباً لذلك ، لأنه سبب لإثبات العصمة ، وتأكيد الملك له ، وكذلك كفر من أصر منهما على الكفر لأنه كان موجوداً قبل هذا وما كان مانعاً لابتــداء النكــاح ولا لبقائه ، وكذلك اختلاف الدين ، فإن عينه ليس بسبب ، كما لو كان الزوج مسلماً والمرأة كتابية ، فلابد من أن يتقرر السبب الموجب للفرقــة ، لمــا تعذر النكاح بينهما ، وذلك السبب هو عرض الإسلام على الكافر منهما لا

بطريق الإجبار عليه ، ولكن لأن بالنكاح وجب عليه الإمساك بالمعروف أو التسريح بالإحسان ، فالإمساك بالمعروف فى أن يساعدها على الإسلام ، فإذا أبى تعين التسريح بإحسان ، فإذا امتنع من ذلك ناب القاضى منابة فى التفريق بينهما . كما استدلوا بأن دهقانا أسلم فى عهد على رضى الله عنه فعرض الإسلام على امرأته فأبت ففرق بينهما .

والإمام الشافعى له فى ذلك رأى حاصله أنه إن كان إسلام أحدهما قبل الدخول تقع الفرقة بينهما بإسلامه ، وإن كان بعدد الدخول يتوقف وقوع الفرقة بينهما على انقضاء ثلاث حيض ، ولا يعرض بعدد الدخول يتوقف وقوع الفرقة بينهما على انقضاء ثلاث حيض ، ولا يعرض الإسلام على الآخر . واستدل الشافعى بأننا بعقد الذكة ضمناً أن لا نعترض لهم فى الإجبار على الإسلام ، وذلك يقطع ولاية الإجبار والتفريق عندنا بالإسلام ، ولكن النكاح غير متأكد فينقطع بنفس اختلاف الدين إذا كان على وجه يمنع النكاح . أما بعد الدخول فالنكاح متأكد فلا يرتفع بنفس اختلاف الدين حتى ينضم إليه ما يؤثر فى الفرقة وهو انقضاء العدة .

ب) إذا أسلمت الزوجة وحدها . هناك حالتان :

١) أن يكون بينها وبين زوجها سبب من أسباب التحريم شرعاً فيفرق بينها وبين زوجها لهذا السبب .

٢) إذا لم يكن بين الزوجين سبب من أسباب التحريم يعرض الإسلام على الزوج كتابياً كان أم غير كتابى ، فإذا أسلم بقى الزواج بينهما قائماً ، وأن أبى فرق القاضى بينهما . والتفريق هنا فسخ عند أبى يوسف لأن سببه يقع من الزوجة كما يقع من الزوج ، ويعتبر طلاقاً عند أبى حنيفة ومحمد لأن

اباء الزوج الإسلام عمل من الأعمال الاختيارية التى يتوافر معها حسن المعاشرة ، فوجب عليه أن يطلق عليه القاضى ، ويكون طلاقه بائناً .

هذا إذا كان الزوج أهلاً لعرض الإسلام عليه بأن يكون بالغاً عاقلاً أو صبياً مميزاً فإن لم يكن أهلاً لأن يعرض عليه الإسلام بأن يكون صبياً غير مميز أو معتوها أو فى حكمه أو مجنوناً ، فإن كان الأول ينتظر تمييزه ليعرض الإسلام على أبويه لا بطريق الإلزام ، فإن أسلم أحدهما تبعه الولد فى الإسلام فيبقى الزواج على حاله وأن أبياه كلاهما فإنه يفرق بين المجنون وزوجته .

إذا أسلم الزوجان معاً ، وكان بينهما سبب من أسباب التحريم فرق بينهما ، وإذا لم يوجد سبب من أسباب التحريم بقى نكاحها .

تفريق القاضى لإباء الصبى المميز وأبو المجنون طلاق لا فسخ .

هذا ويلاحظ أنه إذا كانت المرأة هى التى أبت الإسلام حتى فرق القاضى بينهما وبين زوجها فإن كانت الفرقة قبل الدخول فلا مهر لها . وإم كانت الفرقة بعد الدخول فليس لها نفقة عدة لأن الفرقة جاءت من قبلها ، وتكون الفرقة بغير طلاق .

أما إذا كان الزوج هو الذى أبى الإسلام فإن كان إباؤه قبل الدخول بزوجته فلها عليه نصف المهر ، وأن كان بعد الدخول فلها نفقة العدة . والفرقة هنا تكون بطلاق عند أبى حنيفة ومحمد ، وتكون الفرقة بغير طلاق عند أبى يوسف .

الفرقة بردة المرأة أو ردة الزوج تكون بغير طلاق عند أبى حنيفة وأبى يوسف لأن سبب هذه الفرقة يشترك فيه الزوجان على معنى أنه يتحقق من كل واحد منهما وهو الإباء أو الردة ومثل هذه الفرقة تكون بغير طلاق

كالفرقة الواقعة بالمحرمية ، وهذا لأنه ليس للمرأة من الطلاق شئ فكل سبب للفرقة يتحقق من جهتها يعلم أنه ليس بسبب للطلاق . وعند محمد تكون الفرقة بطلاق لأن سبب الفرقة قول من جهة الزوج أما إباء أو ردة فيكون ذلك بمنزلة إيقاع الطلاق لأنه يفوت الإمساك بالمعروف بهذا السبب فيتعين التسريح بالإحسان والتسريح طلاق .

وقد قضى بأن نص الفقهاء على أنه إذا أسلمت الزوجة وزوجها غير مسلم عرض عليه الإسلام فإن أسلم فهى امرأته وإلا فرق القاضى بينهما ، وكان ذلك طلاقاً عند أبى حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف ، لا تكون الفرقة طلاقاً - يراجع فتح القدير جزء ٢ ص٥٠٦ وما بعدها والزيلعى ص١٤٦ جزء ٢ ، وهذه النصوص صريحة فى وجوب عرض الإسلام على الزوج ، وأنه لا يفرق بينهما بدونه ، وقد نص الفقهاء على أن الصبى إذا بلغ مجنوناً يعرض الإسلام على أبويه فأيهما أسلم تبعه فإن لم يكن له أب نصب القاضى له وصياً ، فيقضى عليه بالفرقة (الدر) جزء ٢ ص٣٩٩ ، وقد جاء فى هذه الصحيفة لابن عابدين تعليقاً على قول الشارح " ولو بلغ الابن مجنوناً يعرض الإسلام على أبويه ما نصه " ألا ترى أنه إذا لم يكن له والدان جعل القاضى له خصماً وفرق بينهما ، فهذا دليل على أن الإباء يسقط اعتباره هنا للتعذر وهو ما نقله عن الباقلانى ومثله فى التتارخانية وحاصله أن فائدة نصب الوصى الحكم بالتفريق بلا عرض ، بل يسقط العرض للضرورة . وبما أن هذا النص صريح فى سقوط العرض عند تعذره ، ولا شك أن الغائب غيبة منقطعة يتعذر ، بل يستحيل عرض الإسلام عليه ، وللمحكمة أن تفرق بينها وبين زوجها بدون عرض [1] .

---

[1] ق ١٩٤٥/٥٢١ اللبان .

هذا وقد نظم مشرع قانون الأحوال الشخصية الموحد أحكام اختلاف الزوجين فى الديانة فى مادتيه ١٤٩ ، ١٥٠ تحت عنوان " الفسخ لاختلاف الديانة " فنصت المادة ١٤٩ على أنه :

أ) إذا كان الزوجان غير مسلمين فأسلما معا فالزواج باق بينهما .

ب) وإذا أسلم الزوج وحده :

١) فإن كانت الزوجة كتابية فالزواج باق .

٢) وإن كانت غير كتابية عرض عليها الإسلام ، فإن أسلمت أو اعتنقت ديناً سماوياً بقى الزواج . وإنْ أبت فسخت المحكمة الزواج .

ج) وإذا أسلمت الزوجة وحدها يعرض الإسلام على الزوج إن كان أهلاً له ، فإن أسلم بقى الزواج ، وأن أبى فسخت المحكمة الزواج .

وإن كان غير أهل للعرض لجنونه عرض الإسلام على أبويه لا بطريق اللزوم ، فإن أسلما معاً أو أسلم أحدهما اعتبرا الزوج مسلما وبقى الزواج ، وألا فسخت المحكمة الزواج . وإن لم يكن له أبوان فسخت المحكمة الزواج فى مواجهة الولى على ماله إن كان ، وإلا فى مواجهة وصى خصومة يعين لذلك .

مادة ١٥٠

أ) فى جميع الأحوال التى تبقى فيها الزوجية يشترط ألا يكون بين الزوجين سبب من أسباب التحريم فى هذا القانون ، وإلا فسخت المحكمة الزواج وفرقت بينهما إن لم يفترقا . ولا يلزم لبقاء الزوجية إذا كانت الزوجة أجنبية صدور الإذن المنصوص فى المادة الخامسة عشر من هذا القانون .

ب) فى جميع الأحوال التى يجب فيها فسخ الزواج تكون الزوجية باقية حتى يصدر حكم الفسخ .

ج) وفى جميع الأحوال التى يسلم فيها الزوجان أو أحدهما يراعى حكم المادتين ٤٥٦ ، ٤٥٧ من هذا القانون .

مادة ١٥١

أ) ردة الزوج يترتب عليها الفرقة بينه وبين زوجته . ولكن لا تتقرر إلا بانقضاء عدتها ، فلا يقضى بفسخ زواجهما إلا بعد انقضاء العدة .

ب) أما ردة الزوجة فلا توجب فسخ الزواج .

ج) يراعى فى اعتبار الردة حكم المادتين ٤٥٨ ، ٤٥٩ من هذا القانون .

وبينت المذكرة الإيضاحية لهذه النصوص أن المشرع أبقى ما تطبقه المحاكم حالياً فى الفرقة بين الزوجين لاختلاف الدين فيما عدا المسائل الآتية :

١) اعتبار الفرقة بسبب إباء الزوج الإسلام فسخاً عملاً برأى أبى يوسف ، إذ لا فرق بين إباء الزوجة وإباء الزوج ، ولأنه لا إكراه فى الدين . وحتى لا يتوهم أن الالتزامات المالية المترتبة على أن هذه الفرقة طلاق قد جعلت وسيلة لإجبار الزوج على الإسلام .

٢) فسخ الزواج دون أنم يعرض الإسلام على من يمثل الزوج أن كان غير أهل للعرض ، لأن هذا العرض على أبويه لا ترجى من ورائه فائدة محققة إذ أساسه عدم الإلزام . وهو أمر شكلى محض ومظهره يعارض الآية الكريمة ، ويشعر بالتعرض لعقيدة غير المسلمين ، وقد أمرنا بأن نتركهم وما يدينون ، وهذا مذهب الشافعى .

٣) رئى أن ردة الزوج يترتب عليها فرقة متقررة ، فلا يمكن القضاء بالفسخ إلا من بعد انقضاء العدة متى كانت الزوجة مدخولاً بها ، فإذا عاد إلى الإسلام قبل انقضاء العدة استمرت الزوجية ، وإن لم يعد للإسلام تبين

الفسخ من وقت الردة ، وهذا مذهب أحمد ، وهو يعطى للزوج فرصة للتروى ، ويوافق ما سار عليه المشروع من توقف الفسخ على القضاء ، ولذلك عدل عما هو متبع الآن من أن ردة الزواج ينفسخ بها الزواج في الحال دون توقف على القضاء .

٤) ومما تكرر في هذا العصر ، وكان من مواطن الشكوى ، أن الزوجة المسلمة تسلك طريق الردة للتحلل من زوجية لا ترضاها ، واعتماداً على أن ظاهر المذهب الحنفى يحكم بإنفساخ زواجها فى الحال غير متوقف على القضاء ، ولما كان الإمامان الدبوسى والصفار وبعض مشايخ بلخ ومشايخ سمرقند ذهبوا إلى أن ردة الزوجة لا توجب الفسخ ، ورجع رأيهم صاحب النهر ، ويؤكد رجحانه فى هذه الأيام أمران :

أولهما : منع التلاعب بالأديان بعد أن منعت عقوبة المرتدة بالحبس .

ثانيهما : رد هذا القصد السئ للمتدة عليها ، بحسم احتيالها على الخلاص أخذاً بمذهب هؤلاء إذا تبينت أنها لت تقصد بردتها سوى التخلص من الزوجية . وعملاً بظاهر المذهب الحنفى فيما عدا ذلك .

وجدير بالتنويه أن إذن الجهة المختصة اللازم توافره فى ابتداء الزواج بالكتابيات الأجنبيات ، وليس واجباً فى حال البقاء ، فيبقى زواج من أسلم وزوجته كتابية أجنبية دون حاجة إلى إذن ، لأنه يغتفر فى البقاء ما لم يغتفر فى الابتداء . انتهت المذكرة الإيضاحية .

الباب الثالث

آثـــار
الطلاق والتطليق

الباب الثالث

فى

آثار الطلاق والتطليق

عقد الزواج يتعلق بذات الإنسان الذى كرمه الله تعالى - رجلاً وامرأة - وجعل هذا العقد هو أساس الحل بينهما ــ فأحل به ما لم يكن حلالا قبله ، وهو أيضاً الأساس لبناء النظام الإجتماعى كله ، ولذلك لم تتركه شريعة الإسلام دون أن تحوطه بالضمانات التى تجعله يحقق الأغراض المقصودة منه . فالزوج كما يفيد الحل ، يفيد أيضاً حفظ النوع الإنسانى ، ويفيد الأنس الروحى الذى يؤلف بين الزوجين ، فيحقق لهما الراحة والدفء والأمان والاطمئنان فى الحياة الدنيا . من أجل هذا اعتبر الله عز وجل الزواج آية من آياته ، ونعمة من نعمه ، فقال تعالى " ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا إليهما وجعل بينكم مودة ورحمة " وقال سبحانه " والله جعل لكم من أنفسكم أزواجاً ، وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة " فالله خلق من النفس أزواجاً ، والله جعل من النفس أزواجاً . فالخلق والجعل من الله . والمرأة جزء الرجل وقطعة منه ، يجد معها ولديها الراحة ، وتجد هى معه ولديه راحتها ، ولذلك جعل الله ميل كل منهما للآخر فطرياً . فطرة الله الذى فطر الناس عليها . وقال سبحانه " هن لباس لكم وأنتم لباس لهن " .

ولم يقف الأمر عند الخلق والجعل من الله ، بل طلب سبحانه من الزوجين حسن العشرة ، وأمر بالصبر والأناة عند نشوب البغض أو الكراهية ، وبَيَّن العلاج وقواعده لكى تستقيم الحياة الزوجية ، وبين سبحانه وتعالى "

وعسى أن تكرهوا شيئاً وهو خير لكم " لكى يعرف الزوجان أن مقاليد أمر الزواج بيد الله وحده .

والله عز وجل – بعد كل هذا – شرع وسيلة للخلاص من علاقة الزوجية ، إذا تعذرت الحيادة الهانئة الهادئة واستحال التوفيق بين الزوجين فقال تعالى " وإن يتفرقا يغن الله كلاً من سعته " – حتى بعد التفريق بين الزوجين ، ضمن الله لكل منهما أن يغنيه من سعته " لأنه لا خير فى بقاء زوجية استحالت معها العشرة . فكان الطلاق – الذى بينه الله ولم يترك أمره لمشرع وضعى أو إلى الشهوة ومجرد الرغبة ، بل ضرر من ارتكابه ، إلا أن يكون أخف الضررين ، وأهون الشرين – هو الوسيلة المثلى لإنهاء علاقة لا يرجى منها خير . الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان " . ولما بين الله وسيلة الخلاص ، بين أيضاً آثار هذه الوسيلة ، وهو ما نبينه فى المباحث التالية :

المبحث الأول

بدء آثار الطلاق والتطليق

أولاً : آثار الطلاق والتطليق فى الشرع

لا خلاف بين الفقاء فى أن آثار الفرقة بين الزوجين بالطلاق أو الموت تبدأ من وقت الفرقة ، حتى أن البعض منهم قال " إن آثار الطلاق تبدأ عقيب الطلاق مباشرة " مراعاة منهم للحل والحرمة . فالمطلق رجعياً تبدأ آثار طلاقه من وقت الطلاق ، ولا تحل له مطلقته إلا بمراجعته لها فى خلال عدتها منه ، وبغير المراجعة هى حرام عليه . والمطلق بائناً لا تحل له مطلقته من تاريخ طلاقه إلا إذا عقد عليها بعقد ومهر جديدين . أى بزواج جديد بإيجاب منه وقبول منها . والمطلق بائناً بينونة كبرى لا تحل له

مطلقته إلا إذا تزوجت بغيره زواجاً شرعياً فيه دخول حقيقى ، ثم تقع بينهما الفرقة بطلاق أو وفاة وتنتهى عدتها منه ، ثم يتقدم الزوج الأول لها خاطباً مع الخطاب ، لأن هذا النوع من الطلاق يزيل الملك والحل معاً فى الحال ، ولا يبقى بعده سوى العدة وما يتعلق بها من آثار ، فيحل به مؤجل الصداق ، ويمنع التوارث بين الزوجين .

ثانياً : بدء آثار الطلاق والتطليق فى القانون

قلنا إن آثار الطلاق – أو الفراق عموماً – تبدأ من وقت وقوعه ، وهذا شرع الله ، إلا أن المشرع الوضعى تدخل بالمادة الخامسة مكرراً من القانون ١٩٢٩/٢٥ فنص على أن :

" على المطلق أن يوثق إشهاد طلاقه لدى الموثق المختص خلال ثلاثين يوماً من إيقاع الطلاق "

" تعتبر الزوجة عالمة بالطلاق بحضورها توثيقه ، فإذا لم تحضره كان على الموثق إعلان إيقاع الطلاق لشخصها على يد محضر ، وعلى الموثق تسليم نسخة إشهاد الطلاق إلى المطلقة ، أو من ينوب عنها ، وفق الإجراءات التى يصدر بها قرار من وزير العدل "

" وتترتب آثار الطلاق من تاريخ إيقاعه ، إلا إذا أخفاه الزوج من الزوجة ، فلا تترتب آثاره من حيث الميراث والحقوق المالية الأخرى إلا من تاريخ علمها به "

اتخذ النص السابق من القاعدة التى قررها جمهور الفقهاء فى ترتيب آثار الطلاق فور وقوعه ، ومن رأى عند بعض فقهاء ، الأحناف فى حال إخفاء الزوج الطلاق الواقع منه على زوجته ، فقرر أنه لا تبدأ آثاره إلا من وقت علمها به زجراً له ، ومعاملة له بنقيض قصده . وقد قصد القانون بهذه

القاعدة الأخيرة علاج حالات إخفاء الأزواج لحالات الطلاق الذى يوقعونه فى غيبة أزواجهم ، بقصد النكاية والإضرار بهن ، وذلك منعاً لهذا الضرر ، ودون أن يعد ذلك قيداً على حق إيقاع الطلاق المقرر للزوج بنصوص القرآن الكريم ، كما أن هذه الأحكام لا تمنع إثبات إيقاع الطلاق بكافة طرق الإثبات المقررة .

إن الله سبحانه وتعالى اختص الزوج بإيقاع الطلاق ، وحل عقدة النكاح ، ووضع من القيود ما يضمن استعمال هذا الحق وفق منهج الشارع الحكيم ، قال تعالى مخاطباً المسلمين فى شخص نبيهم " يا أيها النبى إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة ، واتقوا الله ربكم ... "[١] ثم قال رسول الله الإسلام عليه صلاة الله وتسليماته " أبغض الحلال عند الله الطلاق " ورغم تعليمات الشارع وقيوده فى شأن إيقاع الطلاق ، إلا أنه ظهر من استقصاء بعض حالات الطلاق ، أن بعض الأزواج – عن عمد أو عن جهل – قد لجأ إلى إيقاع الطلاق فى غيبة زوجاتهم وأخفوا عنهن خبره ... وفى هذا التصرف إضرار المطلقات ، وتعليق لهن بدون مبرر ، وقد نهى الله عز وجل ذلك بقوله " ولا تذروها كالمعلقة ... " كما ثبت أن بعض الأزواج كان يوثق الطلاق رسمياً لدى الموثق ، ثم يحتفظ لنفسه بورقتى الطلاق لديه متظاهراً للزوجة باستدامة عشرتها ، حتى إذا ما وقع خلاف بينهما ، أبرز سند الطلاق شاهراً إياه فى وجهها محاولاً به إسقاط حقوقها . من أجل ذلك تدخل المشرع الوضعى لتنظيم أمر توثيق الطلاق ، فأوجب على المطلق أن يوثق إشهاد طلاقه لدى الموثق المختص خلال ثلاثين يوماً من إيقاع الطلاق .

---

[١]) سورة الطلاق .

وقد اختصت الدولة – المأذون – بتوثيق إشهاد الطلاق بين الأزواج المصريين المسلمين ، فنصت المادة ١٨ من قرار وزير العدل بلائحة المأذونين على أن :

" يختص المأذون دون غيره بتوثيق عقد الزواج وإشهاد أن الطلاق والرجعة والتصادق على ذلك بالنسبة للمسلمين من المصريين .

أما بالنسبة إلى المصريين غير المسلمين المتحدى الطائفة والملة ، فيتولى توثيق عقود الزواج والطلاق الخاصة بهم موثقون منتدبون يعينون بقرار من وزير العدل . وبينت المذكرة الإيضاحية أنه رؤى تنظيم توثيق الزواج بالنسبة للمصريين غير المسلمين المتحدى الطائفة والملة بوضع نظام مماثل لنظام المأذونين ، فجعل الاختصاص فى توثيق عقد الزواج من موثقين منتدبين يكون لهم إلمام بالأحكام الدينة للجهة التى يتولون التوثيق فيها ، وعلى أن لا يمس ذلك التوثيق بالإجراءات الدينية .

أما بالنسبة لغير المصريين أو مختلفى الديانة – فيختص مكتب التوثيق بتوثيق إشهاد الطلاق الخاص بهم .

وأوجبت المادة الخامسة مكرراً فى فقرتها الأولى على المطلق أن يوثق إشهاد طلاقه لدى الموثق المختص ، وهو المأذون منعاً لتتابع المشاكل بين الزوجين ، إذا أخفى الزوج الطلاق .

رأى الفقهاء فى الإشهاد على الطلاق

اختلفت أراء الفقهاء فى شأن الإشهاد فى الطلاق على النحو التالى :

أ) قال أكثر الفقهاء أن الإشهاد على الطلاق " مندوب " خشية إنكاره ، واحتجوا لرأيهم هذا بقول الله عز وجل " يا أيها النبى إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة ، واتقوا الله ربكم ولا تخرجوهن من

بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينه ، تلك حدود الله ، ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه ، لا تدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا . فإذا بلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف ، وأشهدوا ذوى عدل منكم ، وأقيموا الشهادة لله ، ذلك يوعظ به من كان يؤمن بالله واليوم الآخر ، ومن يتق الله يجعل له مخرجاً " استدل أصحاب هذا الرآى بأن الأمر بالإشهاد جاء للندب ، فقد ذكرت الطلاق والرجعة وأعقبتهما بذكر الإشهاد على الطلاق ، فكان الإشهاد عليه راجعاً إليهما . كما أن إطلاق النص فى الرجعة من غير شرط الإشهاذ كقوله تعالى " وبعولتهن أحق بردهن " وقوله تعالى " ولا جناح عليهما أن يتراجعا " وقوله صلى الله عليه وسلم لعمر بن الخطاب " مر ابنك فليراجعها " هذه النصوص جاءت ساكتة عن قيد الإشهاد ، فاشتراطه إثبات بلا دليل .

أضاف أصحاب هذا الرأى أن الأمر فى الآية جاء للندب بدليل أنه سبحانه وتعالى قرن الرجعة بالمفارقة فى قوله " وامسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف " ثم أمر بالإشهاد على كل منهما ، فقد أمر الله بشيئين فى جملتين – الرجعة والمفارقة – ثم أمر بالإشهاد على كل منهما بلفظ واحد هو قوله تعالى " وأشهدوا ذوى عدل منكم " واللفظ الواحد لا يراد به معناه الحقيقى كالوجوب والمجازى كالندب – فإذا ثبتت إرادة أحدهما بالنسبة لأحد أمرين لزم أن يراد به الأمر الآخر ، والإلزام تعميم الأمر الواحد والمجازى وهو ممنوع وقد ثبتت إرادة الندب بالنسبة للمفارقة ، فلزم إرادته أيضاً بالنسبة إلى المراجعة ، فيكون الندب المراد به شاملاً الأمزين معاً . (١)

---

(١) فتح القدير جزء ٣ ص١٦٣ .

كما يرى أصحاب هذا الرأى أيضاً أنه لم يؤثر عن النبى صلى الله عليه وسلم ، ولا عن أصحابه أن الإشهاد على الطلاق شرط لوقوعه . كما انهم لم يتوقفوا عن الطلاق إلى أن يحضره شاهدان ولم يكونوا يطلبون الشهود ليطلقوا أمامهم ، مع كثرة مع حدث من الطلاق منهم وكثرة ما روى عنهم من حوادث تطليقهم ، ولو كان الإشهاد على الطلاق شرطاً لنقل إلينا ، لأنه من الأمور المتكررة فى جميع الأزمان ، فكان ذلك دليلاً على أن الأمر بالإشهاد فى الآية الكريمة إنما هو للندب ، وليس شرطاً لوقوع الطلاق وفى ذلك يقول الشيخ محمد أبو زهرة أن جمهور الفقهاء على أن الطلاق يقع من غير حاجه إلى إشهاد ، فحضور الشهود شرط فى صحة الزواج وليس شرطاً فى إنهائه ، وذلك إنه لم يؤثر عن الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين ولا عن النبى صلى الله عليه وسلم إشتراط الشهود لوقوع الطلاق ، فإشتراطه زيادة من غير دليل مثبت وعلى ذلك جرى جماهير المسلمين . [1]

ب) ذهب رأى إلى أن الإشهاد على الطلاق شرط لصحته ، لأن الأمر فى الآية الكريمة راجع إليه فقط ، ومعنى ذلك أن وقوع الطلاق يتوقف على الإشهاد عليه . [2]

ج) ذهب رأى إلى أن الإشهاد فى الآية الكريمة راجع إلى الرجعة فقط ، وهى عمل إيجابى يقوم به الزوج ، فيتيسر له الإشهاد عليه . أما المفارقة فتكون بترك الزوجة بلا مراجعة إلى أن تنتهى عدتها . وذلك عمل سلبى ، يستمر طيلة العدة ، لا يتيسر الإشهاد عليه . فلا يكون الأمر راجعاً إليها " المفارقة " .

---

[1]) الأحوال الشخصية قسم الزواج ص٣٦٨ .
[2]) الطلاق د / محمود محمد على ص ٢٢٧ .

د) ذهب رأى إلى أن الأمر بالإشهاد فى الآية الكريمة جاء على سبيل الوجوب وعند هذا الرأى يجب الإشهاد على الطلاق وهو فى ذلك فريقان : فريق يرى أن من طلق ولم يشهد على طلاقه يلزمه الطلاق ويكون متعدياً لحدود الطلاق .

وفريق يرى أن حضور الشاهدين وسماعهما التلفظ بالطلاق شرط فى صحة الطلاق فإذا لم يتحقق هذا الشرط لم يقع الطلاق وتبقى الزوجية قائمة – أى أن الإشهاد على الطلاق شرط فى ترتيب أثره عليه وهو ليس شرطاً فى صحة الرجعة . وسندهم فى ذلك ظاهر الآية لأنها إنما سيقت لبيان أحكام الطلاق وذكرت أن من أحكامه الإشهاد عليه ولم تُسَقْ الآية لبيان أحكام الرجعة ، لأنها ذكرت مع المفارقة التى تنشأ عن ترك الزوجة طيلة العدة وليس هذا مما يتيسر الإشهاد عليه ، فكان هذا دليلاً على أن قوله تعالى " وأشهدوا ذوى عدل منكم " راجع إلى الطلاق الذى سيقت الآية من أجله ، ولذلك يقولون أن حضور شاهدين رجلين عدلين شرط لصحته ، ولترتب آثاره عليه ويجب أن يسمعا لفظ الطلاق فإذا لم يسمعا ، كان لغواً من القول وكذا إذا سمعه أحدهما دون الآخر ، ويلغوا إذا حضره فساق ليس من بينهم عدلان أو كان أمام مجهول الحال ، أو أمام النساء ولو شهده أحد العدلين فى مجلس وشهده الآخر فى مجلس أخر لم يقع لعدم اجتماعهما هذا هو فقه المسألة فى الإشهاد على الطلاق وقد تعرض لها السلف الصالح من الفقهاء ليضعوا ضوابط على إيقاع الطلاق ، ولم يتركوه لهوى المطلق .

ومما لا شك فيه أن اشتراط الإشهاد على الطلاق هو أقرب الآراء إلى تحقيق المصلحة ، وإبعاد الطلاق عن أن يكون نتيجة الغضب والانفعال

الوقتى الذى قد يعقبه الندم حيث لا ينفع الندم . كما أن الاشهاد على الطلاق يقضى على ما كان يفعله من لايخاف شرع الله ولا يخشاه ، حينما يخفى الطلاق لأسباب فى هواه ، ثم يظهره بعد أن يكون قد خالف حدود الله . فضلا عن أن الاشهاد يهدف أيضا إلى تضييق دائرة الطلاق الذى يقع بغير إحسان ، تلك حدود الله ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه لا تدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا . .

ومن فائدة الإشهاد أيضا أن لا يقع بين الزوجين التجاحد على وقوع الطلاق وأن لا يتهم الزوج فى امساك زوجته ، أو يموت أحدهما فيدعى الآخر ثبوت الزوجية ليرث من مات .

ميعاد توثيق إشهاد الطلاق

يكون توثيق إشهاد الطلاق فى خلال ثلاثين يوما من إيقاع الطلاق ، حتى لا تكون الزوجه المطلقة فى غيبة من إيقاع الطلاق عليها ، فيصيبها ضرر بسبب ذلك .

ميعاد الثلاثين يوما الوارد بالنص هو ميعاد ناقص – فى حكم المادة ٢٣ مكررا من القانون . ولذلك يجب أن يتم توثيق إشهاد الطلاق خلاله ، ولا يمكن أن ينتفع بالميعاد بأكمله ، بمعنى أن يوقع الرجل الطلاق ثم ينتظر حتى ينتهى الميعاد كاملا ، ثم يتقدم بعد ذلك طالبا توثيق الطلاق ، فإذا فعل ذلك تعرض للعقوبة المقرر بالمادة ٢٣ مكررا .

وميعاد الثلاثين يوما محدد بالأيام – آى ثلاثين يوما كاملة – فلا يدخل فى يدخل فى حسابه اليوم الذى تم فيه الطلاق ، وإنما يبدأ من اليوم التالى له ، ويمتد الميعاد إذا وقعت عطلة رسمية فى آخر يوم من أيامه ، ويكون الامتداد إلى أول يوم عمل بعد هذه العطلة . وقد قضى بأن الميعاد يمتد

إلى أول يوم فقط من أيام العمل مهما كان عدد أيام العطلة التى وقعت آخر الميعاد .

هذا ويلاحظ أن تاريخ إيقاع الطلاق ينفرد المطلق بتحديده ، فيذكر أنه طلق فى تاريخ كذا ، ومن اليوم التالى لهذا التاريخ يبدأ ميعاد الثلاثين يوما المحددة لتوثيق الإشهاد خلالها ، فإذا تم التوثيق خلال هذا الميعاد ترتبت جميع آثار الطلاق فى حق الزوجة المطلة من تاريخ الطلاق لا من تاريخ التوثيق .

توثيق إشهاد الطلاق – لدى الموثق – هو إجراء شكلى تطلبه القانون ، وليس شرطاً لإيقاع الطلاق على المطلقة ، فالطلاق واقع من تاريخ صدوره من الزوج عندا الأئمة الأربعة وجمهور الصحابة والتابعين ، وليس فى إيجاب توثيق إشهاده ، ولا فى تنظيم طرق العلم به ، أى قيد على حق إيقاع الطلاق الذى أسنده الله إلى الزوج . كما لا تشكل إجراءات توثيق الطلاق أى قيد على جواز إثباته قضاء بكافة طرق الإثبات المقررة شرعاً . غير أن آثار هذا الطلاق – المالية – فى حالة إخفاء المطلق هذا الطلاق على زوجته – لا تبدأ إلا من تاريخ علمها به ، وإن بدأت العدة من تاريخ الطلاق .

تبدأ العدة فوراً بعد الفرقة فى النكاح الصحيح سواء كانت بموت أو طلاق أو غيره . ولا تتوقف على علم المرأة بسببها من طلاق أو موت وغيرهما ، بل تنقضى عدتها وإن كانت جاهلة حصول الفرقة ، وسبب ذلك أن العدة أجل من الشارع ، فلا يشترط العلم بمضية ، فلو طلق رجل امرأته ، ثم أنكر ، وأقيم عليه بينة ، وقضى القاضى بالفرقة فالعدة تبدأ من الوقت الذى

أسند إليه الطلاق لا من وقت القضاء ، لأن القضاء هنا كاشف لأمر وقع ممن يملك إيقاعه .

ولو أقر رجل أنه طلق امرأته منذ زمن كذا ، ولم تقم البينة على ما أقر به فالعدة تعتبر من وقت إقراره لا من الوقت المسند إليه الطلاق ، نفياً لتهمة المواضعة . وقد قضى المنصوص عليه شرعاً أن المقر إذا أسند الطلاق إلى تاريخ سابق ، فإما أن تقوم على الإسناد بينة ، أم لا تقوم ، فإن قامت فإن الطلاق من وقت أن قامت عليه البينة قولاً واحداً ، وإن لم تقم عليه بينة ، فالمتقدمون على اعتباره من وقت استناده إليه ، والمتأخرون على اعتباره من وقت الإقرار سواء صدقته أو كذبته أو قالت لا أدرى ، إلا أنها فى حالة التصديق لا نفقة لها ولا سكنى لقبول قولها فى حق نفسها لا فى حق الله على المفتى به [1] . كما قضى بأنه إذا صدقت الزوجة زوجها المقر فى اسناده طلاقها إلى تاريخ سابق اعتبر ذلك من حقها لا فى حق الله ، فتعامل بهذا الاسناد بالنسبة لنفقتها ، ولا يعمل بهذه المصادقة فيما هو من حقوق الله كتزويجه بأختها أو أربع سواها لتهمة المواضعة [2] . وقضى أيضاً بأنه " جاء فى التنوير وشرح الدر جزء ٢ ص ٦٢٦ ما نصه لو أقر بطلاقها منذ زمن ماض فإن الفتوى على أنها من وقت الإقرار مطلقاً نفياً لتهمة المواضعة ، لكن إن كذبته فى الإسناد ، أوقالت لا أدرى ، وجبت العدة من وقت الإقرار ولها النفقة والسكنى ، وإن صدقته فكذلك – إلى أن قال فى البحر والحاصل إن كذبته فى الإسناد أو قالت لا أدرى فمن

---

[1]) القضية رقم ١٩٣٩/١٦١ أبنوب .
[2]) القضية ١٩٣٦/٩٨٧ شرعى مصر .

وقت الإقرار ، وإن صدقته ففى حقها من وقت الطلاق وفى حق الله تعالى من وقت الإقرار [١] .

علم الزوجة بالطلاق

بعد أن بينت الفقرة الأولى من المادة الخامسة مكرراً ضرورة توثيق إشهاد الطلاق – حتى يمكن تنظيم علم الزوجة به – بينت الفقرة الثانية نوع العلم ، مقررة أنه قد يكون علماً حقيقياً أو علماً اعتبارياً – أى حكماً .

١) **العلم الحقيقى** : أى العلم اليقينى – ويكون فى حالتين : الأولى – إذا حضرت الزوجة توثيق إشهاد الطلاق بأن كانت مع الزوج المطلق وقت التوثيق . والثانية إذا أعلنها الموثق بإيقاع لشخصها على يد محضر .

٢) **العلم الاعتبارى** : الحكمى – ويكون فى حالة ما إذا أعلن الموثق الزوجة بإيقاع الطلاق على يد محضر ، وخاطب الزوجة فى محل إقامتها مع المقيمين معها . أو فى جهة الإدارة لامتناعها عن أو امتناع المقيمين معها عن استلام الإعلان ، كما يكون العلم حكماً إذا جهل محل إقامة الزوجة وتم إعلانها – قانوناً – فى مواجهة النيابة العامة .

وقد أوجب قرار وزير العدل رقم ١٩٨٥/٣٢٦٩ فى مادته الثانية على الموثق خلال سبعة أيام من تاريخ توثيق إشهاد الطلاق إعلان المطلقة لشخصها على يد محضر ، بوقوع الطلاق ، وذلك فى حالة عدم حضورها توثيقه . وبينت المادة الثالثة ضرورة اشتمال الإعلان على البيانات التالية :

أ) اسم الموثق الذى وثق الإشهاد ومقر عمله .

ب) رقم إشهاد الطلاق .

ج) تاريخ وقوع الطلاق .

---

[١] القضية ١٩٣٩/٢١١ منفلوط .

د) بيان الطلاق الذى تضمنه الإشهاد – هل هو طلاق رجعـــى ، أم هـــو طلاق بائن بينونة صغرى ، أم بائن بينونة كبرى .

هــ) إخطار المطلقة باستلام نسخة إشهاد الطلاق الخاصة بها من الموثـــق المختص خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإعلان .

ويجب أن يطبق على الإعلان القواعد والإجراءات المقـــرر فـــى قـــانون المرافعات المدنية والتجارية .

غعلان المطلقة – بمعرفة الموثق – ب، أم هو طلاق بائن بينونة صغرى ، أم بائن بينونة كبرى .

هــ) إخطار المطلقة باستلام نسخة إشهاد الطلاق الخاصة بها من الموثـــق المختص خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإعلان .

ويجب لأن يطبق على الإعلان القواعد والإجراءات المقرر فـــى قـــانون المرافعات المدنية والتجارية .

إعلان المطلقة – بمعرفة الموثق – بمعرفة الموثق – بإيقـــاع الطـــلاق ، وتسليمها نسخة من إشهاد الطلاق ، يكون وفق الإجراءات التى صدر بها قرار وزير العدل رقم ١٩٨٥/٣٢٦٩ ومن هذه الإجراءات :

١) أن يثبت الموثق فى إشهاد الطلاق بياناً واضحاً عن محل إقامة المطلقة ، وذلك بإرشادها إذا كانت حاضرة توثيق الإشهاد أو إرشاد المطلق فـــى حالة عدم حضورها .

٢) إثبات محل إقامة المطلق فى إشهاد الطلاق .

٣) إعلان المطلقة خلال سبعة أيام من تاريخ توثيـــق الطـــلاق ، بوقـــوع الطلاق ، إذا لم تكن حاضرة إشهاده .

٤) تسليم المطلقة أو من ينوب عنها ، نسخة من إشهاد الطلاق الخاصة بها ، بعد أخذ الإيصال الدال على ذلك ، ويرفق بأصل الإشهاد .

٥) تسليم نسخة الإشهاد الخاصة بالمطلقة إلى المحكمة التابع لها الموثق ، إذا لم تحضر المطلقة أو نائبها لاستلامها ، بعد انقضاء ثلاثين يوماً من تاريخ التوثيق ، ويكون التسليم بمقتضى إيصال يفيد ذلك .

هذا ومن نافلة القول أن إيجاب توثيق إشهاد الطلاق وتنظيم طرق العلم بإيقاعه ، ليس فيه أى قيد على حق إيقاع الطلاق ذاته ، الذى اسنده الله إلى الزوج كما لا تشكل تلك الإجراءات أى قيد على جواز إثبات وقوع الطلاق بطرق الإثبات المقررة لذلك .

***

الطلاق إذا أخفاه الزوج عن زوجته

إذا أخفى الزوج الطلاق الذى أوقعه على زوجته ، فإن نص المادة الخامسة المقرر يفرق بين أمرين .

الأمر الأول : حق لله – هذا الحق قصد به تحقيق مصلحة المجتمع وحفظ النظام العام فيه من غير نظر إلى مصلحة فرد بعينه ، وهذا الحق شامل المصلحة العامة والمصلحة الدنيوية والمصلحة الأخروية مثال ذلك صيانة الفراش وسلامة الأنساب ومنع الضغائن والمنازعات بين الناس ، والعدة من هذا المنطلق حق الله لما يترتب على مراعاتها من حل ، وعلى مخالفتها من حرمة ، لذلك كانت حقا لله باعتبارها ترتب أثراً من أثار الطلاق لا يجوز تغيير حكم الشرع فيها باعتبارها تترتب فور إيقاع الطلاق – أو الفراق – وقد أخذ القانون بالأحوط فى مبدأ العدة الذى قرره الفقهاء " إن العدة تبدأ بالطلاق علمت الزوجة به أو لم تعلم " وقد استقر قضاء

الأحوال الشخصية على أن العدة حق الشرع لأن الزوجين لا يملكان إسقاطها . يقول فضيلة الشيخ محمد فرج السنهورى " فليس للزوج إبطال العدة عن زوجته وإن أسقطها وأباح لها التزوج بغيره حال قيامها – العدة – لا تسقط ولا يحل لها التزوج . لأن فى إسقاط حقه إسقاط لحق الله وهو لا يملكه .

الأمر الثانى : حقوق الزوجة – الآثار المالية – من نفقة ومؤخر صداق ومتعة وميراث [1] . هذه الحقوق – ذهب نص المادة الخامسة إلى أنها تترتب من تاريخ علمها بوقوع الطلاق ، أخذاً برأى بعض الفقهاء الأحناف فى حالة إخفاء إيقاع الطلاق على الزوجة – فقد قرروا أن أثار الطلاق لا تبدأ إلا من وقت علم الزوجة به زجراً للزوج ، ومعاملة له بنقيض قصده . فقهاء الأحناف وإن أخذوا بالأصل العام " العدة تبدأ بالطلاق دون ما شرط لعلم الزوجة به " لأن العدة أجل – أى مجرد مضى أجل – فلم يشترط العلم بمضيه سواء اعترف الزوج بالطلاق أو أخفاه . فلو طلق الرجل امرأته وأخفى عليها طلاقه ، وأقيمت عليه البينة وقضى بالفرقة ، فالعدة تبدأ من وقت الطلاق – الذى ثبت بالبينة – لا من وقت القضاء به ، لأن القضاء كاشف للطلاق وليس مقرراً له .

القاعدة السابقة أورد بعض فقهاء الأحناف استثناء عليها فى حالة ما إذا كتم الزوج إيقاع طلاقه عن زوجته . قال هذا البعض من الفقهاء " لو كتم طلاقها لم تنقض العدة زجراً له – أى زجراً للمطلق على كتمانه الطلاق –

[1]) قلنا أن آثار الطلاق بالنسبة لحق الله تبدأ من وقت إيقاع الطلاق والعدة حق الله فتبدأ عقيب الطلاق علمت به الزوجة أو لم تعلم . والميراث حق الله أيضاً أفرد له آيات قرآنية وبين ميراث الزوجة ومتى تكون وارثة ومتى تنتهى عدتها فتخرج شرعا من عداد الورثة . ولذلك لم يكن النص صائبا إذا أعتبر الميراث من الآثار التى يتوقف استحقاقها فيه على العلم بإيقاع الطلاق عليها من عدمه . فالحقوق المالية تثبت ديناً فى الذمة ويجوز الرجوع بها وذلك بخلاف الميراث إذا فقد الوارث صفته كوارث .

ونفياً لتهمة المواضعة بأن يتوافق مع مطلقته على الطلاق ، ويرجعه إلى زمن ماض لغرض غير مشروع يتفقان عليه ، فتوافقه على الطلاق وانقضاء العدة فى هذا الزمن ، ليصح إقرار المريض لها بالدين ، أو ليتزوج أختها ، أو أربع سواها . وهذا التعليل مفرض فى من كتم الطلاق ثم أخبر به بعد زمان . وقيل إن كتم إيقاع الطلاق ثم أخبر به بعد مدة لا يصدق فى الإسناد ، وتجب العدة من وقت الإقرار سواء صدقته أم كذبته وإن لم يكتمه بل أقر به ، فمن وقت وقوعه . وكذلك إذا إشتهر الطلاق بين الناس تجب العدة من حين وقوعه ، وتنقضى إذا كان زمانها قد مضى . أما إذا لم يشتهر الطلاق بين الناس فتبدأ العدة من وقت الإقرار به .

وقد اعتبر هذا الرأى مبدأ العدة – فى الطلاق الذى يكتمه المطلق – من وقت الثبوت والظهور بمعنى أنه إذا لم يكن الطلاق مشهراً يكون مبدأ العدة من وقت الثبوت – أى ثبوت الطلاق وظهوره بين الناس ، أى يكون مبدأ العدة من وقت إقرار الزوج بالطلاق بين الناس . ولذلك اعتبرت هذه الحالة مستثناه من المبدأ العام " مبدأ العدة بعد الطلاق " أما إذا كان الطلاق مشهراً من الأصل فإن مبدأ العدة يكون من وقت الطلاق [1] . وقال فى فتح القدير أن تقيده بالإقرار يفيد أن الطلاق المتقدم إذا ثبت بالبينة ينبغى أن تعتبر العدة من وقت قيامها لعدم التهمة ، لأن ثبوتها بالبينة لا بالإقرار .

النصوص السابقة تبين أن الخلاف كان حول مبدأ العدة ، وهى حق الله تعالى ، إلا أن الفقهاء تحوطوا فى بدئها فقالوا تبدء من وقت الثبوت والظهور فى حالة كتمان الزوج إيقاع الطلاق . وهذا التحوط قصد به

[1]) الإقرار فى عبارة الخانية بمعنى الإشهار بين الناس من حيث التطليق .

البحث عن الوقت الذى وقع الطلاق فيه لتبدأ العدة منه ، كما قصد أيضا الوقت الذى ظهر فيه الطلاق لتبدأ منه العدة . وسواء كان هذا الظهور أو ذاك الثبوت ، فإن القصد هو معرفة وقت وقوع الطلاق لتبدأ منه العدة ، أى قصد به الرجوع إلى الأصل وهو بدء العدة عقب الطلاق . نص القانون – فى الطلاق الذى يخفيه الزوج عن زوجته – رتب أثار هذا الطلاق من تاريخ علم الزوجة بالطلاق ، فخرج النص بذلك عن الإستثناء الذى قال به بعض فقهاء الأحناف فى شأن إخفاء وقوع الطلاق ، فقد بينوا لنا أنهم يبحثون عن ثبوت الطلاق وظهوره ، وليس علم الزوجة ، لأن من الآثار حق الميراث ، وليس فى نص المادة الخامسة مكررا ما بين تفرقة المشروع بين حقين من الحقوق الله – حق العدة وحق الميراث إذا جعل الأول يبلدأ عقب الطلاق علمت به الزوجة أو لم تعلم ،وجعل الحق الثانى – حق الميراث – يبدأ من تاريخ علمها بالطلاق رغم تعلق الحقين بحق الله .

إن تأخير مبدأ العدة عن وقت إيقاع الطلاق إلى وقت علم المرأة بإيقاع الطلاق فيه مخالفة صريحة لكتاب الله الذى ربط وجوب العدة بوصف المطلقة الذى تتصف به المرأة بمجرد إيقاع الطلاق عليها ، لأن إيقاع الطلاق علة لوقوعة على المرأة فيتحقق وصفها بأنها مطلقة قال تعالى "والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء . فربطت الآية وجوب التربص – وهو بمعنى العدة – بتحقق وصف المطلقة الذى هو أثر للتطليق . بأنه لا يشترط لإيقاع الطلاق حضور الزوجة ، لأن الشارع جعله حقاً للزوج مستقلاً بإيقاعه من غير توقف على رضاها [1] .

---

[1]) نقض ٣٠/٤٤ق س ٢٧ ص١٠٢٥ .

وميراث الزوجة من زوجها سببه الزوجية بحكم الله عز وجل الذى قال " ولكن نصف ما ترك أزواجكن إن لم يكن لهم ولد ، فإن كان لهم ولد فلكن الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين ، ولهن الربع مما تركتم إن لم يكن لكم ولد ، فإن كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم من وصية يوصين بها أو دين " [1] فهذه الآية بينت أمرين ، أولهما أن الزوجية سبب للميراث بين الزوجين ، وثانيهما مقدار نصيب كل منهما فى تركة الآخر وحالاته . وإذا كانت المادة الخامسة مكرراً سالفة الذكر قد اعتبرت العدة من وقت للطلاق علمت به الزوجة أو لم تعلم ، وتنتهى العدة وتبين المرأة قبل أن تعلم بإيقاع الطلاق وتنتهى الزوجية ، ومن ثم لا ترث المطلقة من مطلقها ، فكيف بذات النص يعتبر الميراث أثراً مالياً لا يبدأ إلا من تاريخ علم المرأة بالطلاق الواقع عليها . إن فى هذا النص مخالفة صريحة لحق الله عز وجل فى تحديد سبب الميراث – وهو الزوجية .

***

موقف القانون ١/٢٠٠٠ الصادر به قانون تنظيم أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية – من إثبات الطلاق عند إنكار وقوعه .

نصت المادة ٢١ من القانون المذكور على أنه : " لا يعتد فى إثبات الطلاق عند الإنكار إلا بالإشهاد والتوثيق . وعند طلب الإشهاد عليه وتوثيقه ، يلتزم الموثق بتبصير الزوجين بمخاطر الطلاق ، ويدعوهما إلى اختيار حكم من أهلة وحكم من أهلها للتوفيق بينهما ، فإن أصر الزوجان معاً على

---

[1] سورة النساء آية ١٢.

إيقاع الطلاق فوراً ، أو قررا معاً أن الطلاق وقع أو قرر الزوج أنه أوقع الطلاق ، وجب توثيق الطلاق بعد الإشهاد عليه "

" وتطبق جميع الأحكام السابقة فى حالة طلب الزوجة تطليق نفسها ، إذا كانت قد احتفظت لنفسها بالحق فى ذلك فى وثيقة الزواج "

" ويجب على الموثق إثبات ما تم من إجراءات فى تاريخ توقيع كل منهما على النموذج المعد لذلك ، ولا يعتد فى إثبات الطلاق فى حق أى من الزوجين إلا إذا كان حاضراً إجراءات التوثيق بنفسه أو بمن ينوب عنه ، أو من تاريخ إعلانه بموجب ورقة رسمية "

يلاحظ من أول الأمر أن النص المتقدم لا يتعارض مع نص المادة الخامسة مكرراً من القانون ١٩٢٩/٢٥ ، إذ أن لكل من النصين مجاله الذى يطبق فيه ، ومن ثم لا مخالفة بينهما ، بما يمتنع معه القول بإلغاء النص الأخير عملاً بالحكم الوارد بعجز المادة الرابعة من القانون رقم ٢٠٠٠/١ بإصدار قانون بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية والتى تقضى " كما يلغى كل نص يخالف أحكام القانون المرافق " .

نص الفقرة الأولى من المادة ٢١ على أنه " لا يعتد فى إثبات الطلاق عند الإنكار إلا بالإشهاد والتوثيق ... " ورد به الإنكار عاماً مطلقاً ، فقد يكون الإنكار من الزوجة ، وقد يكون الإنكار من الزوج إذا استعملت الزوجة تطليق نفسها عملاً بالفقرة الثانية من المادة المذكورة . فهل معنى عدم الاعتداد هنا ، هو استمرار الحياة الزوجية بين الزوجين ، ويكون كل منهما حِلٌ للأخر لمجرد إنكار الطلاق الذى لم يقم عليه الإشهاد أ التوثيق . هذا القول لم يقل به أحد من الفقهاء ، فالطلاق يقع من المطلق فى جميع المذاهب باللفظ الصريح ، وبمجرد النطق به باعتبار الطلاق من

التصرفات القولية التى تكون نتيجة إرادة واحدة هى إرادة المطلــق " وإذا كان الطلاق باللفظ الصريح فإنه يقع بمجرد النطق به دون حاجة إلى نيــة وقوع الطلاق ، فى ذلك يقول الكاسانى فى بدائعه ركن الطلاق هو اللفــظ الذى جعل دلالة على معنى الطلاق ويضيف الكسانى " أما الصريح فهــو الذى لا يستعمل إلا فى حل قيد النكاح ، وهو لفظ الطلاق أو التطليق مثل أن يقول الرجل لامرأته " أنت طالق أو طلقتك ، أو أنت مطلقة " والشافعية يقولون إن من ألفاظ الطلاق الصريح " الطلاق والفراق والسراح " وعنــد الحنابلة صريح الطلاق بلفظ الطلاق ، وما تصرف منه . والمالكية يقولون إن اللفظ الصريح فى الطلاق ركن فيه ، وتنحل به العصمة ، ولو لم يَنْــوِ حلها متى صدر اللفظ ، فمن قال " الطلاق يلزمنى ، أو على الطلاق ، أو أنت الطلاق أو نحو ذلك ، فالأئمة الأربعة لا يعتدون بنية المطلــق عنــد اللفظ الصريح فى الطلاق حتى قصد المطلق النطق به فمن قال لامرأتــه " أنت طالق أو طبقتك ، أو قال طلقت امرأتى " وقع طلاقه ، وهنـــاك لفــظ كناية ظاهرة يقول عنها الدردير من المالكية " أى ليس المراد بالقصد قصد حل العصمة " .

إن الطلاق باللفظ الصريح فى الطلاق واقع على الزوجة ويرتب أثره مــن وقت وقوعه سواء كان عليه إشهاد وتوثيق – أم لا ، اعترفت به الزوجــة أو أنكرته [1] وهذا شرع الله الذى لا يمكن إسقاطه بنص فى قانون إجرائى

١

[1]) إنكار الزوج ما وقع منه من طلاق ، أو إنكار الزوجة هذا الطلاق لا يغير من وقوع الطلاق وانتاجه لأثره عند كل فقهاء الإسلام ، والإشهاد والتوثيق سواء حصل أو لم يحصل لا يغير من ذلك الحكم – أى وقوع الطلاق وحرمة العشرة بعده – ولذلك نهيب بالمشرع أن يتدارك الأمر – حتى يتفق القانون مع شرع الله .

أو موضوعى . فهل إذا طلق الرجل وأنكرت المرأة لا يعتد بطلاقه وتحل العشرة بينهما ؟

ومن غير أهل السنة يقول الظاهرية والجعفرية والزيدية يقع الطلاق بصريح لفظ الطلاق ولا يشترط إثباته لكى يعتد به عند الإنكار .

قضت محكمة النقض المصرية بأن الطلاق شرعاً هو حل رابطة الزوجية بلفظ الطلاق الصريح – أو بعبارة تقوم مقامه – تصدر من الزوج . كما قضت بأن الزوج إذا أوقع الطلاق وكتبه فى الصك ثم ادعى الخطأ لا يقبل منه قضاءاً . هذا القضاء لم يخرج عما استقر عليه الفقه الإسلامى من أن الطلاق يقع باللفظ الصريح فى الطلاق حتى ولو لم ينو المطلق إيقاع الطلاق . فإذا قال الرجل طلقت وأنكرت المرأة الطلاق شرعاً ، حتى إذا أنكر الرجل نية الطلاق ، ولذلك نرى أن طلاقه واقع على الرغم من إنكار الزوجة المطلقة ، وعلى الرغم من قول النص " لا يعتد بالطلاق عند الإنكار إلا بالإشهاد والتوثيق " لأن نص القانون لا يغير أحكام الشرع الثابتة .

هذا ونص الفقرة الأخيرة من المادة الخامسة مكرراً من القانون ١٩٢٩/٢٥ لم يحسم أمر بدء عدة المطلقة ، وإنما آثار جدلاً إذ رتب آثار الطلاق طبقاً لما قرره الفقهاء باعتبار آثاره من وقت وقوعه ، ثم أخذ برأى بعض فقهاء الأحناف وابن حزم الظاهرى من أن تكون آثار الطلاق من وقت العلم به بالنسبة للزوجة إذا كتم الزوج طلاقها وأخفاه عنها . فالنص أشار إلى عدتين : إحداهما عدة شرعية تبدأ بعد إيقاع الطلاق مباشرة وهى التى قال عنها النص " تترتب آثار الطلاق من تاريخ إيقاعه " أى من التاريخ الفعلى الذى وقع فيه الطلاق علمت به الزوجة أو لم تعلم . والعدة الثانية – وهى

عدة المرأة التى أخفى زوجها وقوع طلاقه عليها ، فهذه العدة لا تبدأ إلا من تاريخ علم المطلقة بالطلاق ، هذه العدة – عدة صناعية – من صنع المشرع الوضعي ، وسماها البعض " عدة قانونية " أو " عدة اعتبارية " وليست بعده شرعية تبدأ بحسب الأصل العام من تاريخ الطلاق ، وتنقضى بانقضاء أجلها علمت المطلقة أو لم تعلم . هذه العدة الصناعية أو القانونية أو الاعتبارية لها آثار خاصة بالنسبة للميراث والحقوق المالية ، فهى بمفهوم " عدة مالية " لا ترتب آثاراً سوى الآثار المالية ، ولا ترتب حقاً شرعياً ، إذ لا يجوز للزوج المطلق أن يراجع مطلقته خلالها ، ولو ادعت عدم علمها بالطلاق ، لأن العدة المقرر شرعاً – التى هى حق الله – قد انتهت بانقضاء اجلها علمت المطلقة أو لم تعلم .

العدة الثانوية المصطنعة أو الثانوية أو الاعتبارية أو المالية يقول عنها تقرير اللجنة المشتركة المنبثقة من لجنة الشؤون الدستورية ومكتب لجنة الشؤون الدينية والاجتماعية والأوقاف " أردنا أن نأخذ بالرأى الأحوط فقلنا بالنسبة للزوجة التى أخفى الزوج الطلاق عنها ، تترتب آثار الطلاق فوراً فيما يتعلق بالعدة لأن العدة حق الله ويجب أن نأخذ بالرأى الأحوط فيما يتعلق بحقوق الله . أما ما يتعلق رالآثار المالية من ميراث ونفقة وغير ذلك فهذه حقوق الزوجة ، فلا تترتب آثارها إلا من تاريخ علم الزوجة بهذا الطلاق [1] .

إن مخالفة قلة لأحكام شرع الله بإخفاء الطلاق عن المطلقة أو كتمانه عنها لغرض لا يقره شرع الله ، أمر يمكن علاجه بالجزاء المالى المناسب ، ولا

---

[1]) كان على اللجنة أن تأخذ بمنطقها على إطلاقه ، فالعدة حق الله ، والميراث أيضا حق الله ، إذ لا يجوز لغير وارث أن يكون بالقانون وارثا . المعتدة بانقضاء أجل عدتها لا تكون زوجة وبالتالى لا تكون وارثة لمطلقها الذى بانت منه ، فهل يجوز شرعا أن ترثه بعد وفاته . ولم يصل إلى علمنا رأى فى الفقه يقول بذلك

يعالج بمخالفة الشرع بإدخال امرأة أجنبية وارثة – وهى غير وارثة – بحجة عدم الإشهاد على الطلاق أو عدم توثيقه ، والإشهاد والتوثيق ليسا رُكناً فى إيقاع الطلاق .

مخالفة أحكام المادة ٥ مكرراً نمن القانون ١٩٢٩/٢٥

إن مخالفة أحكام المادة الخامسة مكرراً من القانون ١٩٢٩/٢٥ يرتب جريمة فقد نصت المادة ٢٣ من ذات القانون على أن " يعاقب المطلق بالحبس مدة لا تجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تجاوز مائتى جنية ، أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا خالف أياً من الأحكام المنصوص فى المادة (٥ مكرراً) من هذا القانون " كما يعاقب الزوج بالعقوبة ذاتها إذا أدلى للموثق ببيانات غير صحيحة عن حالته الاجتماعية أو محال إقامة زوجته أو زوجاته أو مطلقته على خلاف ما هو مقرر فى المادة ١١ مكرراً "

" ويعاقب الموثق بالحبس مدة لا تزيد على شهر وبغرامة لا تجاوز خمسين جنيهاً إذا أخل بأى من الالتزامات التى فرضها عليه القانون . ويجوز أيضاً الحكم بعزلة أو وقفه عن عمله لمدة لا تجاوز سنة .

***

قرر الفقهاء أن تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة ، وتنظيم أمر توثيق الطلاق ، وإعلام المطلقة بوقوعه ، ووصول سنده إليها ، من المصالح العامة ، ولذلك فإن تجريم المطلق – إذا لم يتبع الإجراءات والواجبات المنوطة به بالمادة الخامسة مكرراً من القانون ، يكون أمراً له سند صحيح شرعاً .

ويعاقب الموثق إذا أخل بالالتزامات التى فرضها عليه القانون ، إذ لا يكفى فى الأمور التنظيمية مجرد تقررها ، بل لابد من حماية هذا التنظيم حتى يؤتى ثماره .

العقوبة الواردة بالمادة ٢٣ مكرر هى عقوبة الجنحة سواء بالنسبة للمطلق أو الزوج أو الموثق . وهذه العقوبة هى الحبس مدة لا تجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تجاوز مائتى جنية – أو بإحدى هاتيت العقوبتين بالنسبة للمطلق أو الزوج . وهذه العقوبة هى الحد الأقصى بنص القانون ويجوز أن تكون بالحبس مع الغرامة أو بالحبس فقط أو بالغرامة فقط .

هذا ويلاحظ أنه يجوز للقاضى أن ينزل بهذه العقوبة إلى حدها الأدنى المقرر بنص المادة ١٨ من قانون العقوبات التى تنص على انه " لا يجوز أن تنقص هذه المدة (مدة الحبس) عن أربع وعشرين ساعة .

الواجبات التى على المطلق

حددت المادة الخامسة مكرراً ما يجب على المطلق القيام به إذا استحكم الخلاف بينه وبين زوجته وأراد إيقاع الطلاق :

١) أن يقوم بتوثيق إشهاد الطلاق لدى الموثق المختص ، فقد نصت الماجدة ١٨ من لائحة المأذونين على أن " يختص المأذونين دون غيره بتوثيق عقود الزواج وإشهاد الطلاق والرجعة والتصادق على ذلك بالنسبة للمسلمين من المصريين " ونصت المادة ٢٠ من ذات اللائحة فى فقرتها الثالثة على أ، " المأذون المختص بقيد الطلاق هو مأذون الجهة التى يقيم فيها المطلق ، إلا إذا اتفق الطرفان على قيده بمعرفة مأذون آخر " وعلى هذا الأساس يكون المأذون المختص بتوثيق إشهادات الطلاق هو مأذون

الجهة التى يقيم فيها المطلق بها ، ما لم يتفق الطرفان على ان يقوم بالقيد والتوثيق مأذون آخر "

٢) أن يقوم المطلق بتوثيق إشهاد الطلاق خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إيقاعه .

واجبات الزوج عند الزواج

على الزوج أن يدلى للموثق ببيانات صحيحة عن حالته الاجتماعية ، أو عن محال إقامة زوجته ، أو زوجاته ، او مطلقته على نحو ما هو مقرر بالمادة ١١ مكرراً . وقد أوجبت المادة الأخيرة على الزوج ما يأتى :

١) أن يقر فى وثيقة الزواج بحالته الاجتماعية ، مع بيان ما إذا كان متزوجاً أم مطلقاً .

٢) أن يبين فى الإقرار – إذا كان متزوجاً – اسم الزوجة أو الزوجات اللائى فى عصمته . وكذا مطلقته أو مطلقاته ، ومحال إقامتهن وقت الزواج الجديد .

واجبات الموثق

فرض القانون على الموثق عدم التزامات يتعين عليه مراعاتها والقيام بها ، وهذه الالتزامات هى :

١) إعلان المطلقة بإيقاع الطلاق على يد محضر خلال سبعة أيام من تاريخ توثيق الطلاق – إذا لم تكن المطلقة حاضرة وقت توثيق الإشهاد . وقد بين قرار وزير العدل رقم ١٩٨٥/٣٢٦٩ بيانات الإعلان الذى يتولاه الذى يقوم الموثق بتحريره وهى :

أ) تاريخ إيقاع الطلاق .

ب) اسم الموثق الذى وثق إشهاد الطلاق ، ومقر عمله .

ج) رقم إشهاد الطلاق .

د) بيان الطلاق الذى تضمنه الإشهاد – رجعياً – أم بائناً وهى بينونة صغرى أم كبرى .

هـ) إخطار المطلقة باستلام نسخة إشهاد الطلاق الخاصة بها من الموثق المختص خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإعلان .

٢) تسليم المطلقة أو من ينوب عنها نسخة إشهاد الطلاق الخاصة بها بعد أخذ إيصال بذلك يرفق بأصل الإشهاد .

٣) تسليم نسخة الإشهاد الخاصة بالمطلقة إلى المحكمة التابع هو لها بعد انقضاء ثلاثين يوماً من تاريخ التوثيق بمقتضى إيصال يفيد هذا التسليم ، وذلك فى حالة ما لم يحضر المطلقة – أو من ينوب عنها لدى الموثق لاستلامها .

هذا ويلاحظ أن القانون نص على عقوبة الموثق إذا أخل بالتزاماته السابقة وهذه العقوبة هى الحبس مدة لا تزيد على شهر وبغرامة لا تجاوز خمسين جنيهاً . هذه العقوبة ليس فيها تخيير للقاضى بين الحبس والغرامة كما هو الحال بالنسبة لإخلال المطلق أو الزوج بالتزاماته . وأجاز النص للمحكمة أن تقضى بعزل الموثق أو وقفه عن عمله لمدة لا تجاوز سنة .

كما أن إصرار الزوجة على الطلاق عند رفض الزوج إيقاعه لا أثر له بالنسبة للإشهاد عليه وتوثقه .

إذ قرر الزوجان – معاً أن الطلاق قد وقع – فى هذه الحالة يجب توثيق الطلاق بعد إشهاده .

إذا قرر الزوج وحده أن الطلاق قد وقع فى هذه الحالة يجب توثيق الطلاق بعد إشهاده – وهذه هى الحالة التى تعرض فعلاً دون الحالات السابقة التى

افترضها – بأن يذهب المطلق وحده ، أو مع زوجته ، ويقـول طلقـت ، والنص أوجب على الموثق توثيق الطلاق بعد الإشهاد عليه . ولـم يكـن هناك داع للافتراضات التى أوردها النص خاصة وهى تتعارض مع أحكام الفقه التى لم تعلق إيقاع الطلاق على إقرار الزوجة به .

الإجراءات السابقة التى تتبع عند طلب الزوج الإشهاد على الطلاق وتوثيقه ، تتبع أيضاً عند طلب الزوجة تطليق نفسها إذا كانت قد احتفظت لنفسـها بالحق – فى تطليق نفسها – فى وثيقة الزواج .

المبحث الثانى

فى

آثار الطلاق

إذا وقعت الفرقة بين الزوجين ، ننتقل إلى أصل قيم نادى به الإسلام هو " تسريح بإحسان وهو المفارقة بالمعروف " وانطلاقاً من هذا الأصل ، نظم الإسلام أيضاً آثار هذه الفرقة بالمعروف ، فوضع أحكاماً اعتبرهـا حـق الشرع لا يجوز للزوجين – ولا لغيرهما – أن يغيرا منها أو يتنازلا عنها ، كما رتب أحكاماً جعلها حقاً للزوج المفارق ، وأحكاماً أخرى جعلها حقـاً للزوجة المفارقة ، وأحكاماً من نوع ثالث هى حق لمـا بـين الـزوجين المفارقين من أولاد .

وهذه الحقوق هى موضوع بحثنا فى الفصول التالية .

الفصل الأول

فى

العـــدة

التعريف بالعدة

العدة فى اصطلاح الفقهاء . هى أجل ضربه الشارع لانقضاء ما بقى من آثار النكاح . بمعنى أنه إذا حصلت الفرقة بين الزوجين لأى سبب من أسباب الفرقة لا تنتهى – ولا تنفصم – الآثار المترتبة على عقد الزواج فى الحال ، وإنما تنتهى بعض الآثار ، ويبقى البعض الآخر ، ولذلك يقول الفقهاء ، إن الفرقة بين الرجل وامرأته لا تنهى علاقة الزوجية من كل من كل وجه ، إذ يتعين على الزوجة أن تتربص حتى تنتهى عدتها من مطلقها على النحو الذى رسمه الشارع للتربص بعد الفرقة . فالعدة طبقاً لهذا التعريف الذى يقول به الأحناف ، اسم لأجل ضُرِبَ لانقضاء ما بقى من آثار النكاح ، وسندهم فى ذلك قوله تعالى " والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثةَ قروء " وقوله تعالى " والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهم أربعة أشهر وعشرا " وقوله تعالى " وبعولتهن أحق بردهن فى ذلك " أى فى فترة التربص ، أى فترة العدة ، فدل ذلك على أن العدة تربص ، لأن الله سمى العدة تربصاً .

والمالكية يقولون : إن العدة جعلت دليلاً على براءة الرحم ، لفسخ النكاح أو طلاق الزوج أو كوته [1] .

العدة عند الشافعية هى مدة تتربص فيها المرأة لتعرف براءة رحمها من الحمل .

---

[1]) الشرح الكبير للدردير جزء ٢ ص٤٦٨

فالعدة اسم لفعل التربص [1] وهو التثب والانتظار ، لأن الله تعالى قال " ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله " فالله عز وجل سمى العدة " أجلاً " والأجل اسم لزمان مقدر مضروب لانقضاء أمر – وهو هنا – ما بقى من آثار النكاح .

والأجل الذى يحدده الشارع عدة ، يتعين على الزوجين مراقبته ، لأن فيه كثير من المقاصد ، إذ فيه احداد على زواج سابق – وقد قلنا أنها مفارقة بالمعروف – وفيه استبراء رحم من حمل قد يكون فيه ، وفيه إعطاء الفرصة للمطلق للرجوع إلى مطلقته ، باعتبار أن الأصل فى الطلاق أن يكون طلاقاً رجعياً ، تأكيدا لقوله تعالى " وبعولتهن أحق بردهن فى ذلك إن يرديا إصلاحاً يوفق الله بينهما " . ويشير ابن القيم إلى أن عدة الطلاق وجبت لتمكين الزوج فيها من الرجعة ، لأن المعتدة رجعياً ، زوجة حكماً ، حتى تنتهى عدتها فإذا ماتت هى ، أو مات مطلقها فى خلال أجل العدة ، وَرِثَ الباقى منهما على قيد الحياة الزوج الذى مات فى العدة " ولذلك يقول الأحناف إن زوال النكاح ، وحل الوطء ، ليسا بحكم أصلى للطلاق الرجعى ، لأن زوال النكاح ، لا يثبت فيه للحال ، وإنما يثبت بعد انقضاء العدة ، بمعنى أن الزوج إذا طلق رجعياً ، نقص عدد الطلقات المقررة له شرعاً ، فإذا ترك مطلقته دون رجعة فى العدة حتى انقضت هذه العدة ،

---

[1]) يقول الكاسانى فى بدائعه الانتظار يكون فى الآجال ، والمعتدة تنتظر انقضاء العدة المضروبة وبه يتبين أن التربص ليس هو فعل الكف ، على أننا لو سلمنا أنه كف ، لكنه ليس بركن ، بل هو تابع بدليل أنه تنقضى العدة بدونه ، وكذلك بدون العلم به ، ولو كان التربص ركناً كما تصور انقضاء العدة بدونه ، وبدون العلم به ، وكذلك بدون العلم به ، وعلى هذا يبنى وقت وجوب العدة : أنها تجب من وقت وجود سبب الوجوب من الطلاق أو الوفاة ، وغير ذلك حتى بلغ المرأة طلاق زوجها أو موته ، فعليها العدة من يوم الطلاق أو مات عند عامة العلماء وعامة الصحابة . ويضيف الكاسانى أن الركن فى العدة هو الآجل – وليس فعل التربص – وهو مضى الزمان ، وهذا لا يقف وجوبه على العلم به كمضى سائر الأزمنة ، والأجل لا يقف على فعل المرأة أصلاً – وهو الكف .

بانت – أى صار الطلاق بائناً – ولا يجوز مراجعتها إلا بعقد ومهر جديدين – إذا كانت البينونة بينونة صغرى .

يلاحظ أن المقصود من القول " بعقد ومهر جديدين – هو أن الزوجة ملكت عصمتها ، فلا تعود للزوجة إلا بإرادتها – ولذلك قيل بعقد من إيجاب وقبول ، أى أن مطلقها يتقدم خاطباً ، وقد يكون معه خطاب آخرون .

المعتدة من وفاة ، لها عدة خاصة ، لأن عدتها فيها إظهار الحزن على زوج مفارق بالموت ، وانقطاع نعمة الزواج الذى شرعه الله مودة ورحمة ومسكن .

مبدأ العدة

تبدأ العدة عقب الفراق فى الزواج الصحيح ، وفى العقد الفاسد وفى الوطء بشبهة . وقد بين الفقهاء أن العدة فى العقد الصحيح تجب بعد الدخول بالزوجة أو الخلوة بها إن كانت الفرقة بغير وفاة . فسبب العدة هنا هو الفرقة ، أما إذا كانت العدة بالوفاة فإنها تجب بعقد الزواج والوفاة معاً ، ولذلك تجب العدة بالوفاة سواء حصل دخول بالزوجة أم لم يحصل ، لأن هذه العدة وجبت حداداً على زوج مفارق ، وفى ذلك يبين السرخسى فى المبسوط " فأما عدة الوفاة فإنها لا تجب إلا عن نكاح صحيح ، ويستوى فيه المدخول بها وغير المدخول بها – صغيرة كانت أم كبيرة ، حتى إذا كانت كتابية تحت مسلم ، فعدتها كما قال الله تعالى " والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا " وقوله تعالى " ويذرون أزواجاً " بيان أن عدة الوفاة لا تجب إلا بنكاح صحيح لأن الزوجية مطلقاً لا تكون إلا بعد صحة النكاح ، ويستوى فى هذا الاسم المدخول بها وغير المدخول بها ، وهذا لأن العدة محض حق النكاح ، لأن

النكاح بالموت ينتهى ، والنكاح يعقد للعمر ، ومضى مدة العمر تنهيه ، فتجب العدة حقاً من حقوقه . وعلى هذا الأساس إذا طلق الرجل امرأته طلاقا رجعياً ثم مات عنها – وهى فى عدته – بطلت عدة الطلاق الرجعى عنها ولزمها عدة الوفاة لأن النكاح قائم بينهما بعد الطلاق الرجعى فكان منتهياً بالموت ، وانتهاء النكاح بالموت يلزم المرأة عدة الوفاة ، لأن العدة بعد الطلاق الرجعى بالحيض – أو بالأشهر عند اليأس من الحيض – لا يزول الملك بها ، وقد زال الملك بالموت ، فعليها العدة التى هى من حقوق النكاح وهى فى العدة لم تنتقل عدتها إلى عدة الوفاة ، وسبب ذلك أن النكاح لم ينته بالوفاة وإنما انتهى بالطلاق البائن ، والمطلقة فى عدة الطلاق البائن ليست بزوجة لا حقيقة ولا حكما ، والله تعالى يقول " ويذرون أزواجاً "

العدة فى العقد الفاسد ، والوطء بشبهة تجب بالمتاركة ، سببها الدخول بالمرأة وليس العقد الفاسد ، وتكون العدة ثلاث حيضات أو ثلاثة أشهر ، أو وضع الحمل ، يستوى فى ذلك أن تكون الفرقة بالمتاركة أو بالموت . وقد قضى بأن العدة فى النكاح الفاسد تبتدئ من وقت التفريق أو العزم على ترك الوطء .

وفى الوطء بشبهة تبدأ العدة من آخر دخول بالمرأة .

أنواع العدة

إذا قلنا " العدة " فإن المقصود بها ، العدة من فرقة فى نكاح صحيح ، بالنسبة للمرأة المدخول بها . وهذه العدة ثلاثة أنواع هى : عدة بالأقراء – أى الحيض – وعدة بالأشهر ، وعدة بوضع الحمل .

أولاً : العدة بالأقراء

العدة بالأقراء تكون بالنسبة للزوجة التى وقع بينها وبين زوجها فرقة بغير وفاة ، سواء كانت بطلاق أو بغيره . وهذه العدة كما يقول الأحناف لاستبراء الرحم وتعرف براءته من الحمل ، لأن هذه العدة إذا لم تجب ، فإن المرأة المطلقة ، يحتمل أن يكون برحمها حمل ممن طلقها ، فإذا تزوجت بزوج آخر – دون مراعاة العدة – فقد تتزوج وهى حامل ممن طلقها ، فيصير الزوج الثانى ساقياً زرع غيره ، وقد نهى صلى الله عليه وسلم عن ذلك قائلاً " من كان يؤمن بالله واليوم الآخر ، فلا يسقين ماءه زره غيره " وفضلاً عن ذلك فإن أمر نسبه يكون محل شبهة ، فيضيع نسبه بين مطلق سابق ، وزوج لاحق . من أجل ذلك كانت العدة بشرط وجوبها الدخول ، والخلوة الصحيحة فى النكاح الصحيح إذ أقامها الأحناف مقام الجخول فى وجوب العدة لأن العدة حق الله تعالى يحتاط فى إيجابه ، فضلاً عن التسليم الواجب بالنكاح قد حصل بالخلوة الصحيحة . والله عز وجل أكد على ذلك " والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ، ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله فى أرحامهن ... "

الخلوة الفاسدة ووجوب العدة

الخلوة الفاسدة فى النكاح الصحيح ، توجب العدة ، لأن العدة تجب حقاً لله ولحق الزوج .

أما الخلوة فى النكاح الفاسد فلا توجب عدة . وسبب ذلك كما يرى الأحناف أنها لا تفضى إلى الدخول ، لوجود مانع ، هو فساد النكاح ، وحرمة الوطء ، فلم توجد الخلوة الحقيقية التى لا تتحقق إلا بانتفاء المانع ، وإن وجدت الخلوة بصفة الفساد فلا تقوم مقام الدخول . هذا بالإضافة إلى أن التسليم

الواجب بعقد النكاح الصحيح لم يوجد فى النكاح الفاسد لأنه لا يوجب تسليم المرأة نفسها .

الوطء ووجوب العدة

الوطء – فى حالة شبهة النكاح – يوجب العدة . وسبب ذلك أن الشبهة تقوم مقام الحقيقة ، فى موضوع الاحتياط ، وإيجاب العدة ، من باب الاحتياط . فمن زفت إليه غير زوجته فوطئها وجبت العدة بالوطء .

معنى القرء

القرء حيض عند الأحناف والإمام أحمد

والقرء طهر عند الشافعى ومالك ويقصد بالطهر هنا الفترة التى بين حيضتين .

وسبب الخلاف أن لفظ القرء مشترك فهو يدل على الطهر ويدل أيضاً على الحيض .

والعدة عند من يعتبرون القرء حيض هى ثلاث حيضات كوامل ، فلا يحتسب بعض الحيضة حيضة ، بمعنى أن الرجل إذا طلق امرأته فى أثناء حيضتها ، فإن عدتها لا تنتهى إلا بثلاث حيضات كوامل غير الحيضة التى طلق فيها . وأقل مدة الحيض عند أبى حنيفة ستون يوماً على اعتبار أن أقصى مدة الحيض عشرة أيام وأقل الطهر خمسة عشر يوماً . وأبو يوسف ومحمد يريان أن أقل مدة العدة تسعة وثلاثون يوماً باعتبار أن أقل الحيض ثلاثة أيام وأقل الطهر خمسة عشر يوماً . وقد قضى بأن الراجح من مذهب الإمام أبى حنيفة فى احتساب العدة لذوات الحيض هو رأى الإمام نفسه إذ عليه العمل وبه الفتوى ، وهو يقرر بأن الحيضات الثلاث يتخللها طهران بالضرورة ، وأن أقصى مدة لطهر خمسة عشر يوماً ولا حد

لأكثره ، وتنتهى عدتها بانقطاع الدم عن الحيضة الثالثة ، وإن أقل مدة تصدق فيها المرأة أنها انقضت عدتها بحيضتها ثلاث حيضات كوامل هى ستون يوماً من تاريخ الفرقة . فإذا ادعت المعتدة بالحيض انتهاء عدتها برؤية الحيض ثلاث مرات كوامل بعد الطلاق ، فإن كان قد مضى ستون يوماً فأكثر من تاريخ الطلاق الرجعى صدقت فى قولها هذا بيمينها وتكون العدة منتهية . وإن كانت المدة من تاريخ الطلاق أقل من ستين يوماً فلا تصدق فى ادعائها لأن المدة لا تحتمل انقضاء العدة وعلل الإمام أبو حنيفة ذلك بأن أمر الحيض والطهر لا يعلم إلا من جهتها فيكون القول قولها فيه بيمينها (١) .

والعدة عند من يعتبرون القرء طهر – هى ثلاثة أطهار ، وأقل ما يمكن فيه انقضاء هذه العدة اثنان وثلاثون يوماً ولحظتان . أساس ذلك أن المرأة تطلق فى آخر طهرها وقد بقى منه لحظة فتكون تلك اللحظة قرءاً معتداً به ، ثم تحيض أقل الحيض يوم وليلة ، ثم تطهر أقل الطهر خمسة عشر يوماً ، وقد حصل لها به قرء ثالث ، فإذا طعنت فى أول الحيضة الثالثة بدخول لحظة منها فقد انقضت عدتها ، فإذا جمع بين الطهرين وهما ثلاثون يوماً وبين الحيضتين وهما يومان وثلثان وبين اللحظتين الأولى والثانية صار جميع ذلك اثنين وثلاثون يوماً ولحظتين غير أن اللحظة الأولى من جملة العدة واللحظة الأخيرة ليست من جملة العدة ، وإنما يعلم بها انقضاء العدة ، فصارت واجبة فى العدة ، وإن لم تكن منها – فهذا أقل زمان يمكن أن تنقضى فيه ثلاثة أقراء – أطهار .

---

(١) نقض ٣٥/١٨ ق السنة ١٨ ص٦٩٥ .

ثانياً : العدة بالأشهر

العدة بالأشهر قسمان :

الأول : عدة بالأشهر تقوم مقام الحيض – وهذه العدة تكون بالنسبة للمرأة الصغيرة والمرأة التى لم تر دم الحيض ، أو المرأة التى يئست من المحيض ، وهى المرأة التى بلغت سن اليأس . قال تعالى " واللائى يئسن من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن " فالأشهر الثلاثة – بمقتضى النص – قائمة مقام الحيضات الثلاث ، بالنسبة للمرأة الصغيرة أو الكبيرة ، أو المرأة التى انقطع عنها الحيض أصلاً – مع عدم الصغر أو الكبر – وشرط وجوب العدة لهذه الأصناف الثلاثة من النساء هو الدخول بهن ، أو ما هو فى معنى الدخول – أى الخلوة الصحيحة فى النكاح الصحيح ، قال تعالى " يا أيها الذين أمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن ، فما لكم عليهن من عدة تعتدونها " وقد ألحق الأحناف الخلوة الصحيحة فى النكاح الصحيح بالدخول – فى حق وجوب العدة ، فضلاً هن إلحاق الخلوة بالدخول فى حق المهر ، فكان إلحاقها به فى حق العدة أولى احتياطاً . وسبب ذلك أن المرأة السليمة فى جسمها ترى الحيض فى كل شهر مرة ، وهى تحيض فى عدتها ثلاث مرات ، فكانت الأشهر الثلاث فى مقدار الحيضات الثلاث .

الثانى : عدة تثبت أصلاً من غير بدل . وهى عدة المرأة المتوفى عنها زوجها . وهذه عدة خاصة ، فيها معنى الإحداد على الزوج المتوفى . والإحداد معناه الامتناع عن الزينة – بمعنى أن تتجنب الزوجة المتوفى عنها زوجا الطيب والزينة ، ولا تتخضب ، ولا تتشوف الأزواج . والإحداد واجب بلا خلاف عند الفقهاء ، فقد روى أن أم حبيبة رضى الله

عنها لما بلغها موت أبيها أبى سفيان انتظرت ثلاثة أيام ، ثم دعت بطيب ، وقالت ، مالى إلى الطيب من حاجة لكنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول " لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت أكثر من فوق ثلاثة أيام إلا على زوجها أربعة أشهر وعشرا "

وعدة المتوفى عنها زوجها - بالأشهر - لا تعتبر بديلاً عن القرء ، فهى حداد والحداد فيه معنى العبادة الدينية . ما لم تكن حاملاً .

قدر الشارع الحكيم عدة المتوفى عنها زوجها بأربعة أشهر وعشرة أيام - متى كانت حائلاً - أى غير حامل - ويعلل الفقهاء هذا التقدير بأن الشارع فرض أن هذه المدة أقصى ما تتحمله المرأة فى البعد عن الرجال ، ولذا إذا حلف الرجل على زوجته ألا يقربها أربعة أشهر تطلق عليه ، أو يفئ إليها ، لأن هذه المدة يظهر فيها لا محالة الحمل إن كانت حاملاً ، إذ الحمل يظهر واضحاً جلياً فى ابتداء الشهر الخامس . قال الكاسانى من الأحناف " إن الولد يكون فى بطن أمه أربعين يوماً نطفه ، ثم أربعين يوماً علقه ، ثم أربعين يوماً مضغة ، ثم تنفخ فيه الروح فى العشرة أيام التالية ، فأمرت بالتربص هذه المدة ليستبين الحبل إن كان بها حبل "

عدة المتوفى عنها زوجها الحائل قدرها الشارع بالنص أربعة أشهر وعشرة أيام ، وما قدره الشارع مقطوع به ، علمت علة التقدير أو لم تعلم

موت الزوج فى عدة المطلقة

المطلقة رجعياً إذا مات زوجها وهى فى عدته

لا خلاف بين الفقهاء فى أن المطلقة رجعياً إذا مات زوجها وهى فى عدته من الطلاق الرجعى لزمتها عدة الوفاة ، فهى زوجة حكماً والآية الكريمة تقول " والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر

وعشرا " فالزوج المطلق رجعياً يملك الرجعة فى العدة ، والقرطبى فى تفسيره للآية يقول " أجمع العلماء على أن من طلق زوجته طلاقاً يملك فيه رجعتها ثم توفى قبل انقضاء عدتها ، عليها أن تعتد عليه عدة الوفاة .

وعلى هذا المالكية إذ يقولون ، ولمن توفى زوجها – ولو رجعية أو كانت غير مدخول بها تعتد أربعة أشهر وعشرا صغيرة كانت أو كبيرة أو فى سن من تحيض . وابن قدامه الحنبلى يقول " وإذا مات زوج الرجعية استأنفت عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرا بلا خلاف "

المطلقة بائناً إذا مات زوجها وهى فى العدة

إذا مات الزوج المطلق طلاقاً بائناً وكانت مطلقته فى عدته ، أكملت عدتها ولا تعتد عدة وفاة . فعدة هذه المرأة هى عدة طلاقها وسبب ذلك أن الزوجية بالطلاق البائن زالت فهى ليست زوجة لا حكماً ولا حقيقة ، فلا تخاطب بعدة الوفاة . وقد اشترط أصحاب هذا الرأى أن لا يكون طلاقها فى مرض الموت ، لأنه إذا طلقها وهو فى مرض الموت اعتدت بأبعد الأجلين – من عدة الوفاة أو ثلاث قروء إن كانت من ذوات الأقراء وإلى هذا ذهب أبو حنيفة وأحمد .

وعند مالك والشافعى تبنى هذه المرأة عدتها على عدة الطلاق مطلقاً لأن المطلق توفى عنها وهى غير زوجة له ، فحيث كانت بائناً من النكاح ، فلا تكون منكوحة .

هل يعتبر الحيض فى عدة الوفاة

جمهور الفقهاء على عدم اعتبار الحيض فى عدة المتوفى عنها زوجها ، إذا يكتفون بأن تعتد بأربعة أشهر وعشرة أيام طبقاً لنص الآية الكريمة " والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا

" وبعد هذه العدة – إذا لم يظهر بها حمل – تكون حلاً للخطاب ولو لم تر دم الحيض .

يقول الإمام مالك إن من شروط تمام عدة الوفاة أن تحيض المرأة التى توفى عنها زوجها حيضة واحدة في مدة الأربعة أشهر وعشرة أيام ، فإذا لم تحض فهى امرأة مسترابة ، فتمكث مدة الحمل . وقيل عن الإمام مالك – إنها قد لا تحيض وقد لا تكون مسترابة إذا كانت عادتها بالحيض أكثر من مدة عدة الوفاة . وهذا إما غير موجود – أى غير موجود من تكون عادتها أن تحض أكثر من أربعة أشهر وعشرة أيام ، وأما نادر وجودها ، فإن وجدت قيل تنتظر حتى تحيض ، وقيل تتزوج إذا انقضت عدة الوفاة ولم يظهر بها حمل .

ثالثاً : العدة بوضع الحمل

تكون العدة بوضع الحمل بالنسبة للمرأة التى حصلت الفرقة بينها وبين زوجها وهى حامل . بمعنى أن عدتها هى مدة حملها ، سواء طالت المدة ، أو قصرت حتى لو وضعت حملها بعد طلاقها – ولو بساعة واحدة – انقضت عدتها ، فقد روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قال " لو وضعت حملها وزوجها على سريره لانقضت عدتها ، ويحل لها أن تتزوج . والله عز وجل قال " وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن " . والآية الكريمة تشتمل المعتدات من طلاق أو فرقة فى حياة الزوجين ، كما تشمل المعتدات من الوفاة عند من يقول إنها تعتد بأبعد الأجلين – إما عدة الوفاة وإما عدة الحمل .

وجوب عدة الحامل إذا كانت من غير وفاة . هذه المرأة يجب عليها أن تتربص حتى تنقضى عدتها بوضع الحمل ، وهذا بلا خلاف بين الفقهاء .

أما إذا كانت عدتها من وفاة زوجها ، فيجب عليها التربص أيضاً حتى تضع حملها عند الأحناف ، وعليه جمهور الفقهاء الذين يقولون إن أم كلثوم بنت عقبة قالت لزوجها الزبير بن العوام – وهى حامل – طيب نفسى بتطليقة ، فطلقها تطليقة ثم خرج للصلاة فرجع وقد وضعت حملها ، فقال ما لها خدعتنى ، خدعها الله ، ثم أتى النبى صلى الله عليه وسلم ، فقال " سبق الكتاب الأجل ، أخطبها إلى نفسها " . وقيل أيضاً إن عبد الله بن عباس وأبا سلمة بن عبد الرحمن ؛ اختلفا فى المرأة ، تنفس بعد زوجها بليال ، فقال أبو سلمة ، إذا وضعت ما فى بطنها ، فقد حلت لقوله تعالى " وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن " وقال ابن عباس ، آخر الأجلين تعتد ، والآية إنما هى فى الطلاق . فقال أبو هريرة – وكان حاضراً خلافهما – أنا مع ابن أخى أبى سلمة ، فأرسلوا " كُرَيْباً " مولى ابن عباس إلى أم سلمة زوج النبى صلى الله عليه وسلم يسألها عن ذلك ، فأخبرتهم أنها قالت " ولدت سبيعة الأسلمية بعد وفاة زوجها بليال ، فذكرت ذلك لرسول صلى الله عليه وسلم فقال : قد حَلَّتِ فانكحى من شئت "

عدة الحامل تنقضى بوضع حملها ، إلا أنها لا تنقضى بوضع أحد التوأمين ، ولا بانفصال بعض بعض الولد ، إلا إذا استبان خلقه ، ذلك أنه بنزول الولد المستبين بعض خلقه ، تنتهى العدة ، وسبب ذلك أن للأكثر حكم الكل

هل الحامل من الزنا لها عدة

الحمل من الزنا لا عدة منه ، وسبب ذلك أن الزنا لا يوجب العدة ، حتى أنه إذا تزوج رجل امرأة وهى حامل من الزنا جاز ذلك لكن لا يحل له أن يطأها ما لم تضع حملها ، كيلا يكون ساقياً ماءه زرع غيره ، فقد قال

رسول الله صلى الله عليه وسلم " من كان يؤمن بالله واليوم الآخر ، فلا يسقى ماءه زرع غيره "

قال أبو حنيفة ومحمد أن الحامل من الزنا تعتد بوضع حملها ، قال الكمال بن الهمام : قول صاحب الهداية وإن كانت حاملاً فعدتها وضع حملها ، أطلقه ليتناول الحمل الثابت النسب وغيره . فإذات أطلق الرجل امراته بعد الدخول بها ، فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت العقد ، بأن يزوجها حاملاً من الزنا ، فإنها تعتد بوضعه عند أبى حنيفة ومحمد . لأن الله تعالى قال " وأولات الأحمال ... " والآية عامة فى كل حامل من غير تفصيل بين أن يكون الحمل من الزوج أو من غيره . وقال ابن عابدين ما حاصله يفيد ذلك : إن عدة الحامل مطلقاً ولو كلنت كتابية أو من الزنا - بأن تزوج حبلى ومات عنها أو طلقها فإنها تعتد بوضع الحمل ، وعلق ابن عابدين على قوله " بأن تزوج حبلى من الزنا ، بما يفيد أن العدة ليست من أجل الزنا لما هو معلوم أن الحامل من الزنا لا عدة عليها ، وإنما العدة لموت الزوج أو طلاقه .

روى عن ابن يوسف أن الحامب من الزنا تعتد بالحيض ولا أعتبار بوضع الحمل أصلاً ، ذلك أنه لما تيقنا أن هذا الحمل من زنا لم نقدر انقضاء العدة بوضعه ، إذ اعتبار العدة بوضع الحمل ، لأجل حرمة الماء وصيانته ، ولا حرمة لماء الزانى - وإلى هذا ذهب زمر والشافعى .

بدء العدة

ورد عن الفقهاء اختلاف فى بدء العدة سواء كانت عدة بالقروء أو عدة بالأشهر أو عدة بالحبل .

أولاً : بالعدة بالقروء

اختلف الفقهاء فى وقت ابتداء العدة بالقروء – الحيض – على النحو التالى :

١) يرى الأحناف أن العدة تبدأ من وقت وجود سببها سواء علمت الزوجة أو لم تعلم ، وفى هذا يقول الكاسانى " إن – العدة – تجب من وقت وجود سبب الوجوب من الطلاق والوفاة وغير ذلك حتى لو بلغ المرأة طلاق زوجها أو موته فعليها العدة من يوم طلق أو مات عند عامة العلماء وعامة الصحابة (١) . ويؤكد ذلك صاحب الفتاوى الهندية إذ يقول " ابتداء العدة فى الطلاق عقيب الطلاق وفى الوفاة عقيب الوفاة ، فإن لم تعلم بالطلاق أو الوفاة حتى مضت العدة ، فقد انقضت عدتها ، وإن شكت فى وقت موته فتعتد من حين تستبين موته . وإلى هذا ذهب مالك والشافعى .

ويحتج أصحاب هذا الرأى بأن العدة أجل – أى مدة معينة شرعاً فلا يشترط لبدئها ولسريانها علم الزوجة المطلقة بها أو بسببها ، وسبب العدة قد وقع والمسبب يتبع سببه .

٢) يرى الظاهرية أن المطلقة – غير الحامل – والحامل المتوفى عنها زوجها تعتد من حين خبر الطلاق أو خبر الوفاة ، وتعتد الحامل المتوفى عنها زوجها من حين موته فقط (٢) . هذا الرأى يُعتد بعلم الزوجة بسبب وجوب العدة من طلاق أو وفاة .

---

(١) البدائع جزء ٣ ص١٩٠ .

(٢) المحلى لابن حزم جزء ١٠ ص٣١١ .

٣) هناك رأى يقول به ابن تيمية هذا الرأى ينظر إلى المطلق فـإن كـان فاسقاً أو مجهول الحال وقال طلقت من مدة تزيد على العدة الشـرعية لـم يقبل قوله فى انقضاء العدة . أما إذا كان المطلق عدلا غير متهم ، بأن كان غائباً وأخبر أنه طلق من مدة وليس لديه بينه فإن المشهور عند الإمام أحمد تكون العدة من حين الطلاق .

مكان عدة المطلقة

المطلقة رجعياً – فى خلال أجل العدة – زوجة حكماً ، ولذلك ينبغـى أن تبقى قريبة من زوجها ، إذ يستحب لها أن تتزين له ، وتتشوف إليه ، قال تعالى " لا تخرجوهن من بيوتهن ، ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة " المعتدة من طلاق بائن – بينونة صغرى أو بينونة كبرى – يلزمها عـدم الخروج من بيت العدة لعموم الآية السابقة وعدم اقتصارها على المطلقـة رجعياً . هذا فضلاً عن أن ملازمتها بيت العدة فيه تحصين ماء الرجـل ، وصيانة لها .

مكان عدة المتوفى عنها زوجها

ذهب الأئمة الأربعة إلى أن المعتدة عدة وفاة عليها الاعتداد فى البيت الذى كانت تسكنه يوم وفاة زوجها ، وسندهم فى ذلك حديث فريعة بنت مالك بن سنان أخت أبى سعيد الخدرى الذى استشهد زوْجها فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم – أن تعتد فى بيت أهلها ، فقال لها عليه الصلاة والسـلام " أمكثى فى بيتك الذى أتاك فيه نعى زوجك حتى يبلغ الكتاب أجله " قالت : فاعتددت فيه أربعة أشهر وعشرا .

وذهب رأى إلى القول بأن المعتدة من وفاة تعتد حيث شاءت ، وسند هذا الرأى قوله تعالى " فإن خرجن فلا جناح عليكم فيما فعلن فى أنفسهن من معروف " .

عدة زوجة المفقود

المفقود اسم لموجود هو حى باعتبار أول حاله ، ولكنه خفى الأثر كالميت باعتبار ما له ، وأهله فى طلبه يجدون ، ولخفاء أثر مستقره لا يجدون ، قد انقطع عليهم خبره ، واستقر عليهم أثره ، وبالجدل ربما يصلون إلى المراد ، وربما يتأخر اللقاء إلى يوم التناد . (المبسوط للسرخسى جزء ١١ ص٣٤) وهو لا يعتبر ميتاً إلا بحكم القاضى على الراجح من مذهب الإمام أبى حنيفة ، وأنه من تاريخ الحكم بموته تعتد زوجته عدة الوفاة ، ويستحق تركته ورثته الموجودون وقت الحكم بموته .

والمفقود الذى انقطع خبره – عند المالكية – يعتبر حياً باستصحاب الحال الذى كان عليه قبل فقده ، إلى أن يتبين أمره ، بعودته حياً أو بموته ، أو باعتباره ميتاً وفقاً لضوابط الفقهاء فى مصادرهم الفقهية . ونقل عن الإمام مالك أن لزوجة المفقود أن ترفع أمرها إلى القاضى فيؤجل أربع سنوات ، وذلك بعد البحث فى الأماكن التى يظن وجوده بها ، وبعد أن يكشف الحاكم عن أمره ، ولم يعلم خبره . وتعتد زوجته بعد ذلك عدة الوفاة ، أربعة أشهر وعشرة أيام ، فعن يحيى بن المسيب أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، قال " أيما امرأة فقدت زوجها ، فلم تدر أين هو ، فإنها تنتظر أربع سنوات ، ثم تعتد أربعة أشهر وعشرا ، ثم تحل " وقال ابن وهب عن عبد الجبار بن شهاب ، أن عمر بن الخطاب ضرب لمفقود من يوم أن

حضرت إليه امرأته أربع سنين ، ثم تصنع فى نفسها ما شاءت إذا انقضت عدتها "

اختلف القفقهاء فى بداية مدة الأربع سنين التى ضربت لزوجه المفقود ، فقال الإمام مالك يضرب الأجل من يوم الإياس من عودته . وروى عن ابن عبد الحكم ، يضرب الأجل من يوم رفعها إلى الحاكم .

المقادير التى تنتهى بها العدة

١) عدة المرأة ذات الأقراء – ثلاثة قروء – قال تعالى " والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء " هذه الأقراء الثلاثة مقدار محدد لذات الأقراء " وتنتهى العدة بانتهائها ، سواء كانت الفرقة فى نكاح صحيح ، أو فى نكاح فاسد ، أو من الوطء عن شبهة النكاح .

٢) عدة المرأة ذات الأشهر . ثلاثة أشهر فى قوله تعالى " واللائى يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر " فالأشهر هنا وجبت بدلاً عن الحيض فى الآية من المحيض والصغيرة والبالغة التى لم تر الحيض أصلاً . هذا فضلاً عن الأشهر فى حقهن تدل على الأقراء ، والأصل – أى القرء – مقدر بثلاثة فذلك بدله . وبانتهاء الأشهر الثلاثة تخرج المرأة من عدتها .

٣) المرأة المتوفى عنها زوجها – عدتها أربعة أشهر وعشرة أيام عملاً بقوله تعالى " والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا " فهذا أيضاً تحديد لمدة عدتها . وبانقضاء هذه الأجل تخرج من عدتها ، ما لم تكن حاملاً .

٤) عدة المطلقة الحامل – تنقضى بوضع حملها .

ما يعتبر به انقضاء العدة

العدة سواء كانت أجلاً أو تربصاً – فكيف ينقضي هـذا التـربص أو ذاك الأجل ، إذا كانت العدة بالأشهر اعتبرت الأشهر بالأهلة وهذه قـد تكـون ثلاثين يوماً وقد تكون تسعة وعشرين يوماً . فإذا كانت الفرقة في بعـض الشهر ، قال أبو حنيفة تعتد المرأة بالأيام تسعين يوماً . وإذا كانت العـدة من وفاة ، تعتد مائة وثلاثين يوماً . وسبب ذلك أن العـدة يراعـى فيهـا الاحتياط ، واعتبارها بالأيام يزيد الشهور ، ولو اعتبرناها بالأهلة ، نقصت عن الأيام وإيجاب الزيادة في العدة أولى احتياطاً .

وقال محمد – صاحب أبي حنيفة – إذا وقعت الفرقة في بعض الشهر تعتد بقية الأشهر بالأيام وباقي الشهور بالأهلة ، ويكمل الشهر الأول من الشهر الأخير بالأيام . وعند أبي يوسف رواية ذهب فيها مذهب أبـي حنيفـة ، وأخرى ذهب فيها مذهب محمد ، الذي أقام رأية على أن الله أمر الاعتداد بالأشهر ، والأشهر اسم للأهلة، فكان الاعتداد حسب الأصل بالأهلة .

كيفية التعرف على انقضاء العدة

إذا كان المشرع قد بين مقادير العدة ، وما تنقضي به ، إلا أن النساء لسن في ذلك على وتيرة واحدة ، في شأن الدم الذي ينزل عليهن . ولذلك اهتم الفقهاء ببيان كيفية التعرف على ما تنقضي به العدة ، فقالوا إن الإخبار عن انقضاء العدة قد يكون بالقول وقد يكون بالفعل . ويقصد بالقول هنـا – أن تخبر المرأة المعتدة بانقضاء عدتها ، وهذا الإخبار يختلـف مـن معتـدة لأخرى .

أ) معتدة بالأشهر . هذه المرأة لا تصدق فى أخبارها بانقضاء عدتها قبل مرور الثلاثة أشهر فى عدة الطلاق ، أو قبل مرور أربعة أشهر وعشرة أيام فى عدة الوفاة .

ب) معتدة الأقراء . هذه المعتدة فى أخبارها عن انقضاء عدتها ببان هذا تفصيله : إذا أخبرت المعتدة بالأقرار بانقضاء عدتها فى مدة لا تنقضى فيها العدة ، فإنها لا تصدق فى إخبارها . أما إذا أخبرت بانقضاء عدتها فى مدة تنقضى فيها عدة مثلها ، فإنها تصدق فى ادعائها . وقد اختلف الأحناف فى المدة التى تصدق فيها هذه المرأة فى إخبارها إلى رأيين :

الرأى الأول : قال به أبو حنيفة – مفاده أن المرأة تصدق فى إخبارها عن انقضاء عدتها بمضى ستين يوماً . ولا تصدق عنده فى مدة أقل . أساس هذا الرأى :

١) أن المرأة أمينة فى الإقرار بانقضاء عدتها – متى كان الظاهر لا يخالفها – لأن الأمين مصدق فيما لا يخالفه فيه الظاهر .

٢) إن الله تعالى ائتمن المرأة على ما فى رحمها فقال " ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله فى أرحامهن "

٣) اشترط أبو حنيفة توجيه اليمين لها فى هذه الحالة ، لأن القول الأمين مع يمينه .

يلاحظ هنا أن القاضى – عملاً بمذهب أبى حنيفة – عليه أن يوجه اليمين إذا ادعت المرأة انقضاء عدتها – سواء طلب الزوج ذلك أم لم يطلب .

٤) احتساب مدة الستين يوماً أساسه : أن الحيضات الثلاثة يتخللها طهران بالضرورة وأن أقصى مدة الحيض هى عشرة أيام للاحتياط ، وأن أقل مدة للطهر خمسة عشر يوماً ولا حد لأكثره . وتنتهى العدة بانقطاع الدم عن

الحيضة الثالثة ، وأقل مدة تصدق فيها المرأة أنها انقضت عدتها بحيضها ثلاث حيضات كوامل هى ستون يوماً من تاريخ الفرقة ولذلك قضت محكمة النقض بأن المعتدة بالحيض إذا ادعت انتهاء عدتها برؤيتها دم الحيض ثلاث مرات كوامل بعد الطلاق ، فإن كان قد مضى ستون يوماً فأكثر من تاريخ الطلاق الرجعي صدقت فى قولها هذا بيمينها ، وتكون عدتها قد انتهت . وإن كانت المدة من تاريخ الطلاق أقل من ستين يوماً فلا تصدق فى ادعائها لأن المدة لا تحتمل انقضاء العدة [1] .

الرأى الثانى : يقول أبو يوسف محمد – أن المرأة تصدق فى إخبارها عن انقضاء عدتها بمضى تسعة وثلاثين يوماً ، على أساس أن المرأة أمينة فى هذا الباب والأمين يصدق ما أمكن وحساب هذه المدة عندها ، أن الطلاق وقع فى آخر الطهر فتبدأ العدة من الحيض ويعتبر أقله ثلاثة أيام ثم أقل الطهر خمسة عشر يوماً ، ثم أقل الحيض ثلاثة أيام ، ثم أقل الحيض خمسة عشر يوماً ، ثم أقل الحيض ثلاثة أيام فتكون جملة أيام عدتها تسعة وثلاثين يوماً .

الرأى الراجح فى المذهب الحنفى هو ما ذهب إليه أبو حنيفة .

أحكام العدة

قبل أن ننتهى من بحث العدة والتعريف بها نود أن يبين أن العدة لها أحكام منها .

١) لا يجوز نكاح معتدة الغير . ويجوز للمطلق رجعياً أن يراجع فى العدة ، والمطلق طلاقاً بائناً بينونة صغرى أن يتقدم – خاطباً ، فإن قبلت المرأة له أن يعقد عليها بعقد ومهر جديدين .

---

[1]) نقض ٣٥/١٨ ق السنة ١٨ ص٦٩٥ .

٢) وجوب الإحداد فى عدة الوفاة .

٣) حرمة الخروج من البيت ليعض المعتدات دون البعض .

٤) وجوب النفقة فى العدة .

٥) ثبوت النسب .

٦) ثبوت الإرث إذا مات أحد الزوجين فى عدة الطلاق الرجعى ، بخلاف الطلاق البائن ، الثلاث .

الطلاق البائن الصادر من المورث فى حال صحته – لا توارث فيه إذا مات الزوج فى خلال أجل العدة . أما إذا كان الطلاق البائن فى حالة المرض – دون رضاء الزوجة – فإنها ترث مطلقها إذا مات وهى فى العدة ، والعكس صحيح – سبب ذلك أن الأحناف يرون هذا المطلق بائناً فى حال مرضه " يعتبر فارا من ميراث مطلقته " فيرد عليه قصده ، وسبب ذلك أن الزوجية هى سبب استحقاق الإرث ، وهذا السبب قائم وقت مرض الموت ، والنكاح قائم من كل وجه أول مرض الموت ، ولا يحتاج إلى بقائه من وجه إلى وقت الموت ليصير سبباً . ومؤدى هذا هو ثبوت الملك من كل وجه للمطلقة فى مرض الموت من وقت المرض عند وجود شرائطة بطريق الظهور ، واستدل الأحناف لما يقولون به إلى ما يأتى :

أ) كان الصحابة يقولون من فرَّ من كتاب الله تعالى ردَّ إليه " بمعنى أن من طلق ثلاثاً فى مرضه ، فإن مطلقته ترثه ما دامت فى عدته .

ب) روى عن الصحابة توريث امرأة الفار فقد روى عنهم :

١) روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال " إن الرجل إذا طلق امرأته وهو مريض طلاقاً ثلاثاً ورثت منه ما دامت فى عدتها منه .

٢) ورَث على رضى الله عنه الزوجة التى طلقها زوجها وهو مشرف على الموت .

٣) طلق عبد الرحمن بن عوف تماضر الكلبية فى مرضه آخر تطليقاتها الثلاث ، وكانت تحته أم كلثوم بنت عقبه أخت عثمان بن عفان فورثها عثمان .

الشافعية لا يرون توريث المرأة المطلقة فى مرض الموت ، لأن النكاح الذى هو سبب استحقاق الإرث ، يتعين أن يكون قائماً وقت الموت حتى ترث الزوجة والمطلقة بائناً قبل الموت ، لا يكون نكاحها قائماً وقت الموت الذى بعقب الطلاق والمال قبل الموت يظل على ملك المورث .

الفصل الثانى

مراجعة المطلقة فى خلال العدة

بينا أن الطلاق قسمان : طلاق رجعى وطلاق بائن . والطـلاق الرجعـى يكون النكاح فيه قائماً حكماً – خلال أجل العدة – ومن ثم يكون للمطلـق رجعياً أن يراجع مطلقته ، بأن يستديم النكاح بينهما . من أجل ذلك يتعـين تعريف الرجعة عند الفقهاء .

التعريف بالرجعة

الرجعة عند الأحناف هى استدامة الملك القائم ، ومنعه من الزوال ، وفسخ السبب– أجل العدة – المنعقد لزوال الملك . هذا التعريف يدل على بقـاء الملك من كل وجه ، بمعنى بقاء الزوجية بعد الطلاق الرجعى مـا دامـت الزوجة فى العدة . وبقاء النكاح هنا بقاء حكمى ، ولذلك لا تعتبر الرجعـة عند الأحناف إنشاءاً لزواج جديد ، ولا هى إعادة للزواج السابق بعد زواله . فإذا راجع المطلق امرأته خلال عدتها منه ، كانت الرجعة بقاءاً للـزواج السابق الذى لم ينقطع ، واستدامة له ، وإلغاء لتحديد بقاء الزوجية بانتهـاء العدة الذى ترتب على الطلاق .

والرجعة عند المالكية هى إعادة المطلقة للعصمة من غير عقد جديـد [1] . وعند الشافعية هى رد المرأة إلى الزواج من طلاق غير بائن فـى العـدة على وجه الخصوص . وقيل هى استدامة الملك من وجه ، وإنشاء له من وجه ، لأن الملك عند الشافعية قائم فى عدة الرجعى من وجه وزائل مـن وجه .

---

[1]) الشرح الكبير للدردير جزء ٢ ص٤١٥ .

والرجعة عند الحنابلة هى إعادة مطلقة غير بائن إلى ما كانت عليه بغير عقد .

شروط الرجعة

١) وقوع الطلاق من الزوج على زوجته ، وأن يكون رجعياً . وعلى هذا الأساس إذا كان الطلاق واقعاً من القاضى فلا تجوز المراجعة - إلا إذا كان تطليقه على الزوج لعدم الإنفاق - لأن كل طلاق يوقعه القاضى يقع بائناً على الزوج إلا الطلاق لعدم الإنفاق .

٢) أن تكون المرأة المطلقة مدخولاً بها ، لأن الطلاق قبل الدخول يقع بائناً ولا عدة على المطلقة . ويبين الأحناف أن الطلاق إذا كان بعد الخلوة ، والمطلق يقول لم ادخل بها ، فلا رجعة له على مطلقته ، وسبب ذلك أنه مقر بالبينونة ، وسقوط حقه فى الرجعة ، وإقراره على نفسه صحيح لأن الرجعة حقه ، وكذلك الحال إذا خلا بها وهى حائض أو صائمة فى رمضان أو مَحرِمَةٌ أو رتقاء - فلا رجعة له عليها ، وسبب ذلك فساد الخلوة فى هذه الأحوال ، فإذا كان حق الرجعة لا يثبت بالخلوة الصحيحة فعدم اثباته بالخلوة الفاسدة أولى . كما أنه إذا كان المطلق عنيناً أو مجبوباً أو خصياً - فخلا بها ولم يدخل فلا رجعة له عليها .

ما هو الحكم إذا ادعى الزوج الدخول والخلوة بزوجته ، وأنكرت هى ذلك ؟

يكون للزوج حق مراجعة زوجته ، وسبب ذلك أن الظاهر شاهد له ، لأن الظاهر من حال الفحل أنه إذا خلا بالأنثى التى تحل له نزا عليها ، وهو بالرجعة إنما يستبقى ملكه بما يقول ، ويدفع استحقاقها نفسها ، والظاهر يكفى لذلك . وعلى الزوجة المنكرة أن تقيم الدليل على ما تنكره من دخول

وخلوة بها ، فإن هى أقامت الدليل واطمأنت إليه المحكمة رفض ادعاء الزوج .

أما إذا كان الزوج لم يخل بزوجته حتى طلقها وادعى الدخول فلا رجعة له عليها ، وسبب ذلك أنه يدعى عارضاً لا يعرف سببه ، ولأنه لا عدة له على مطلقته فى هذه الجالة ، فإن إنكارها سبب العدة كإنكارها أصل العدة ، والرجعة لا يكون إلا فى العدة .

٣) أن لا يكون الطلاق مكملاً للثلاث لأن هذا الطلاق يقع بائناً بينونة كبرى وكذلك الحال فى الطلاق البائن بينونة صغرى – والطلاق البائن عموماً لا رجعة فيه .

٤) أن تكون المراجعة فى أثناء العدة من طلاق رجعى – لا البائن – لأن الرجعة إمساك الزوج زوجته على الوجه الذى كان أولاً – وهو الملك – وهذا الملك فى الطلاق الرجعى لا يزول إلا بانقضاء العدة قال تعالى " وبعولتهن أحق بردهن ... "

لا تصح الرجعة بعد انقضاء العدة بأن تطهر المعتدة من حيضتها الثالثة . وقد تعرض الأحناف لطهر المعتدة إذا كانت أيامها فى الحيض عشرة أيام وهى أقصى مدة الحيض عندهم فقالوا إنه بانقضاء العشرة أيام لا يصح الرجعة وتحل المطلقة للأزواج لأنها خرجت من عدتها بانقضاء الحيضة الثالثة ، وهو انقضاء بيقين ، لانقطاع دم الحيض بيقين ، إذ لا مزيد له على عشرة أيام التى هى أقصى مدة الحيض ، وما زاد من دم على عشرة أيام لم يكن دم حيض ، فتيقنا انقضاء عدتها ولا رجعة للمطلق الرجعى بعد انقضاء عدة مطلقة .

أما إذا كانت المعتدة من طلاق رجعى أيام حيضتها دون عشرة أيام ، فقد اعتد الأحناف بالطهر بعد الحيضة الثالثة وقالوا إن وجدت ماءاً للغسل به بعد انقطاع الدم عنها ، ولم تغتسل ، ولا تيممت وصلت بهذا التيمم ، ولا مضى عليها وقت كامل من أوقات أدنى الصلوات إليها ، لا تنقطع الرجعة ، ولا تحل للأزواج ويكون لمطلقها الحق فى الرجعة ، لقوله تعالى " ولا تقربوهن حتى يطهرن " أى يغتسلن . وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال " الزوج أحق برجعتها ما دامت فى مغسلها ، وروى " ما لم تغتسل من الحيضة الثالثة " كما أجمع الصحابة على ذلك . فقد روى علقمة عن عبد الله بن مسعود أنه قال " كنت عند عمر رضى الله فجاء رجل وامرأة ، فقال الرجل ، زوجتى طلقتها وراجعتها ، فقالت ، ما يمنعنى ما صنع ، أن أقول ما كان أنه طلقنى وتركنى حتى حضت الحيضة الثالثة ، وانقطع الدم ، وغلقت بابى ، ووضعت غسلى وخلعت ثيابى ، فطرق الباب فقال قد راجعتك ، فقال عمر رضى الله عنه ، قل فيها يا بن أم عبد ، فقلت أرى أن الرجعة قد صحت ، ما لم تحل لها الصلاة ، فقال عمر ، لو قلت غير هذا لم أره صوابا .

ويضيف الأحناف أن المرأة التى أيام حيضتها دون العشرة أيام لن تستيقن انقطاع دم الحيض ، لاحتمال معاودة – فى أيام الحيض العشرة لأن دم الحيض لا يُدَرُّ دراً واحدا ، ولكنه يدر مرة وينقطع أخرى ، فكان احتمال العودة قائماً ، والعائد – إلى تمام عشرة أيام – دم حيض عند الأحناف . ولذلك لم يوجد انقطاع الدم بيقين ، فتبقى العدة قائمة ، لأنها كانت ثابتة بيقين والثابت بيقين لا يزول بالشك ، هذا بخلاف ما إذا كانت حيضتها عشرة أيام لأنه لا يحتمل عود دم الحيض بعد العشرة – التى هى أقصى

مدة الحيض – فإن عاد لم يكن الدم دم حيض ، وتيقناً بانقطاعه ، فيــزول ضرورة ، ويثبت الطهر .

ثبوت الطهر يكون بأحد أمرين

الأول : أن تغتسل المعتدة بانقطاع دم الحيضة الثالثــة ، فــإذا اغتســلت انقطعت الرجعة ، لأن هذه المرأة ثبت لها حكم الطاهرات ، بإباحة الصلاة لها إذ لا تباح الصلاة للحائض ، فتقرر انقطاع الرجعة بقرينة الاغتسال .

الثانى : أن لا تغتسل لكن مضى عليها وقت الصلاة ، وبهذا المضى تصير الصلاة ديناً فى ذمتها فيستحكم انقطاع الرجعة بهذه القرينة .

٥) أن تكون الرجعة منجزة – أى غير معلقة على شرط أو مضافة إلــى زمن مستقبل وسبب ذلك أن الرجعة استيفاء ملك ، فلا يحتمل التعليــق ولا الإضافة ، هذا بالإضافة إلى أن الرجعة لا يحتملها إنشــاء الملــك لأنهــا تتضمن إنفساخ الشرط الذى علقت عليه الرجعة – وهو مرور أجل العداة – بمنعه عن أن يعمل عمله ، وفى التعليق أو الإضافة استبقاء لهذا الأجل إلى غاية واستبقاؤه إلى غاية يكون تأبيداً له فلا تصــح الرجعــة . يقــول الكاسانى " وتعليق الرجعة بالشرط باطل ، وكذا الإضافة إلى وقت حتى إذا قال راجعتك غداً ، أو إذا جاء غد ، فهو باطل لأنه اســتدامة الملــك فــلا يحتمل التعليق بالشرط كأصل النكاح ، وإنما يحتمل التعليق بالشــرط مــا يجوز أن يحلف به ، ولا يحلف بالرجعة بخلاف الطلاق .

إذا خبر المطلق بالرجعة فى زمن ماض ، بأن قال كنت راجعتك أمــس ، ففى ذلك تفصيل :

أ) إذا كانت المطلقة رجعياً ما زالت فى العدة ، صدق فى قوله ، وسبب ذلك أن المطلق أخبر عما يملك – وهو حقه فى الرجعة – فيملك استئناف هذا الحق .

ب) إذا كانت مطلقته رجعياً قد خرجت من عدتها منه ، فإن إقراره بالرجعة فى زمن مضى يكون إخباراً منه متردداً بين الصدق والكذب لأنه أخبر بما لا يملك استئنافه . وفى هذه الحالة قد تصدقه مطلقته فى إخباره – بعد انقضاء عدتها – فيكون صادقاً فى إقراره ، وسبب ذلك أن حق الرجعة لا يعدوهما ، وتصادقها على الرجعة كتصدقهما على أصل النكاح . وهنا يثور تساؤل – هل إذا كذبته فى ادعائه رجعتها ، هل له أن يوجه لها اليمين على صحة ادعائه ؟ يقول صاحب المبسوط – إذا لم تكن له بينة وكذبته المرأة فأراد أن يستحلفها ، فلا يمين له عليها عند أبى حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد عليها اليمين ، لأن هذا استحلاف فى الرجعة .

٦) ألا يكون الطلاق فى مقابل مال ، لأن الطلاق فى مقابل مال هو طلاق بائن ولا يمكن للمطلق على مال أن يراجع مطلقته التى اشترت عصمتها بأداء المال ، يقول صاحب المبسوط – وإذا كانت معتدة من تطليقة بائنة أو فرقة بخلع أو إيلاء أو لعان أو اختيارها أمر نفسها ، أو بالأمر باليد أو ما أشبه ذلك ، فلا رجعة له عليها ، لأن حكم الرجعة عرف بالنص بخلاف القياس ، وهذا لأن كونها مطلقة حكم مطلق الطلاق ، وهذا لا ينافى ملك النكاح ، كما بعد الرجعة ، وكونها مبانة أو مالكة أمر نفسها ينافى ملك النكاح ، والمنافيان لا يجتمعان ، فإذا ثبتت البينونة انتفى النكاح ولا رجعة له عليها ، وفى الخلع إنما التزمت العوض لتتخلص من الزوج ، وذلك لا يحصل مع قيام الملك وحق الرجعة .

إذا توافرت الشروط السابقة ، يكون للمطلق أن يراجع مطلقته فى عدتها من طلاقه الرجعي – رضيت أم أبت – لأن الطلاق الرجعى لا يزيل الملك ولا يزيل الحل . ويقصد فقهاء الأحناف بعدم زوال الملك هو بقاء حل الاستمتاع بالمطلقة رجعياً ، وكذا سائر الحقوق الثابتة له عليها بعقد الزواج . ويقصدون ببقاء الحل ، بقاء المطلقة رجعياً حلالاً لمطلقها ، ولا تحرم عليه بسبب من أسباب التحريم .

موقف القانون من الطلاق الرجعى

نصت المادة الخامسة من القانون ١٩٢٩/٢٥ على أن " كل طلاق يقع رجعياً إلا الطلاق المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على مال ، وما نص على كونه بائناً فى هذا القانون والقانون ١٩٢٠/٢٥ " وهذه الأحكام أخذها القانون – على ما جاء بمذكرته الإيضاحية – من مذهب الإمام مالك والإمام الشافعى ، فى أن كل طلاق يقع رجعياً إلا ما استثنى فى المادة الخامسة من المشروع . وأضافت المذكرة أن مما يحسن الإشارة إليه أن التفريق بسبب اللعان أو العنة أو إباء الزوج عن الإسلام عن إسلام زوجته يبقى الحكم فيه على مذهب أبى حنيفة ، ومذهبه فى التفريق فى هذه الحالات يعتبر طلاقاً بائناً .

ما تحصل به الرجعة

تحصل الرجعة بالقول أو بالفعل . وللفقهاء فى ذلك كلام كثير .

أولاً : الأحناف

ألفاظ الرجعة عند الأحناف قد تكون فى الرجعة كقول المراجع " راجعتك " فى حال خطابه لها . أو " راجعت امرأتى " فى حال غيابها أو حضورها . والألفاظ الصريحة فى الرجعة كثيرة .

الرجعة بالفعل بينها الكاسانى فى قوله " وأما الرجعة فهى قول أو فعل يدل على الرجعة ... وأما الفعل الدال على الرجعة فهو أن يجامعها أو يمس شيئاً من أعضائها بشهوة أو ينظر إلى فرجها بشهوة [1] . والمراجعة هى استدامة النكاح القائم من كل وجه ، فلا تختص بالقول ، لأن الفعل قد يقع دالا على الاستدامة . والفعل الدال على استدامة النكاح هو الفعل الذى يختص بالنكاح ، والذى يختص بالنكاح هو ما لا يجوز بغيره كالوطء والتقبيل أو النظر إلى الفرج عن شهوة " . ويقول صاحب المبسوط " إن الفعل المختص باستدامة الحل يكون أدل على استدامة الملك من القول ، فإنه منع المزيل [2] من أن يعمل بعد انقضاء العدة ، وذلك يحصل بالجماع ... وإذا كان الطلاق مزيلاً للملك ، إلا أن المزيل متى ظهر وأعقب خيار الاستبقاء فى مدة معلومة يكون مستبقياً للملك بالوطء ، فإذا وطئ صار مستبقياً للملك . وكذلك لو قبل بشهوة أو لمس بشهوة أو نظر إلى الفرج بشهوة ، لأن هذه الأفعال تختص بالملك الموجب للحل كالوطء ، فتكون مباشرته دليل استبقاء الملك [3] .

وقد توسع الأحناف فى الفعل الذى تكون به الرجعة ، فلم يقصروه على فعل يصدر من الزوج ، بل قالوا " لا فرق بين كون هذه الأفعال منها أو منه فى كونه رجعة معتبرة وصحيحة ، إذا كان ما صدر منها بعلمه ، ولم يمنعها ، فإن كان اختلاساً منها بأن كان الزوج نائماً – مثلاً – ولم يكن الفعل بتمكينه لها أن تفعل ذلك ، أو أنها فعلته وهو مكره أو معتوه ، ففى هذه الحالة تقع الرجعة عند أبى حنيفة ومحمد لأن فى هذه الأفعال منها

---

[1]) الدافع جزء ٣ ص ١٨٣ .
[2]) المزيل هنا هو أجل العدة .
[3]) تكرر لفظ الملك هما – وهذا الملك لا يقصد به ملك الزوجة ، وإنما قصد به ملك الحل منها ، واختصاصه دون غيره بهذا الحل – وفى هذا تكريم للزوجة التى تتبادل المنافع مع زوجها دون غيره .

تثبت حرمة المصاهرة ، وكذلك الحال إذا وقعت منه ، وحجتهما أن فعلها به كفعله به – لأن الحل مشترك بينهما ، وفعلها به فى حرمة المصاهرة كفعله بها . فكذلك فى الرجعة [١] . وعندهما أيضاً أنها إذا قبلت مطلقها رجعياً – فى العدة – أو لمسته بشهوة أو نظرت إلى فرجه بشهوة تثبت بهذا الفعل الرجعة .

أبو يوسف يرى أن الأفعال التى تصدر من المطلقة رجعياً لا تعتبر رجعة . وسنده فى ذلك أن الرجعة حق للزوج المطلق لا للزوجة المطلقة ، فهو الذى يراجع وليست هى [٢] ، والفعل من الزوج دليل استبقاء الملك ، وليس لها ولاية استبقاء الملك فلا يكون فعلها رجعة [٣] .

وقد رد البعض على أبى يوسف بما حاصلة أن الفعل الصادر من المطلقة رجعياً وقع بعلم الزوج ورضيه فرضاؤه هو سبب الرجعة وليس الفعل الذى أتته الطلقة رجعياً ، بدليل أنها لو اختلست الفعل بدون علمه لا يقع بفعلها رجعه ، بل إن صاحب البدائع ذهب إلى أبعد من هذا إذ قرر " وكذا إن جامعته وهو نائم أو مجنون اعتبر ذلك رجعه ، وسبب ذلك أنها زوجة حكماً ، وفعلها هذا حلال لها – عند الأحناف . هذا بالإضافة إلى أننا إذا لم نجعل ذلك رجعه لصارت المرأة مرتكبة للحرام على تقدير انقضاء العدة من غير رجعة من الزوج ، فجعل ذلك منها رجعة شرعاً ضرورة التحرز عن الحرام ، ولأن جماعها له كجماعه لها فى باب التحريم فكذا فى باب الرجعة [٤] . يضاف إلى ما تقدم – فالمطلقة رجعياً زوجة حكماً ، فكيف إذا باشرت فعلا مع وجها – وهى زوجته – يقع حراماً ، فى حين شرعنا

---

[١]) المبسوط جزء ٦ ص٢٢ .
[٢]) الهداية وفتح القدير جزء ٣ ص١٦١ .
[٣]) المبسوط جزء ٦ ص٢٢ .
[٤]) البدائع – المرجع السابق .

للمطلق رجعياً أن يجامع مطلقته . وكذلك إذا لمسها بشهوة أو نظر إليها بشهوة ، أو نظر إلى فرجها بشهوة فهو مراجع ، وسبب ذلك أنها زوجة حكماً ، ويكره أى فعل يقوم به الزوج لغير شهوة إذا كان لا يراد به الرجعة .

أحكام القضاء

قضت محكمة النقض بأن الرجعة عند الأحناف استدامة ملك النكاح بعد أن كان الطلاق قد حدده بانتهاء أجل العدة ، فالرجعة ليست انشاءاً لعقد زواج ، بل هى امتداد للزوجية القائمة ، فتكون الرجعة بالقول وبالفعل ، ولا يشترط لصحتها الإشهاد عليها ، ولا رضا الزوجة ، ولا علمها [1] . وقضى بأن الرجعة استدامة ملك النكاح القائم ، ولا يكون إلا فى طلاق رجعى ، فللمطلق مراجعة مطلقته ما دامت فى العدة من طلاق رجعى رضيت أم أبت ، وتكون بالقول وبالفعل خلافاً للشافعى الذى لا تصح الرجعة عنده إلا بالقول الصريح . وقضى بأن معاشرة المدعى عليه للمدعية بعد الطلاق الرجعى – وفى عدته – كاف فى إثبات الرجعة . وقضى أيضاً بأن دعوة الزوج لقيد اسم ابنه بالصحة وامتناعه ، ثم عدم اتخاذ أى إجراء لنفى نسب الولد عنه مع اعترافه بالزوجية السابقة أولاً ، مما يفيد الرجعة .

ثانياً : الشافعية والرجعة

يرى الشافعية أن الرجعة بالقول الصريح ، لأن الرجعة إنشاء النكاح من وجه ، وإنشاء النكاح من كل وجه لا يجوز بالقول ، فكذا إنشاؤه من وجه

---

[1]) نقض ٣٨/١٨ ق س ٣٢ ص١٠٥٣ .

وألفاظ الرجعة ثلاثة : راجعتك ، وأرجعتك ، ورددتك . وسبب ذلك عندهم أن الرجعة لا تكون إلا بالكلام ، ولذلك اختصت بالصريح منه دون الكناية . وقد اختلف الرأى عندهم فيما إذا راجع المطلق رجعياً مطلقته بلفظ النكاح أو التزويج فقال رأى بصحة الرجعة لأن ما يصح به النكاح وهو أغلظ العقدين ، فإن صحة أخفهما – وهى الرجعة – أولى .

الوطء عند الشافعية لا تحصل به رجعه لأن المطلق إذا وطئ قبل الرجعة فهو وطء شبهة ، يقول الماوردى ولا تصح الرجعة إلا بكلام من الناطق وبالإشارة من الأخرس ، ولا تصح بالفعل من الوطء والاستمتاع ، لأن العدة تجب عنُ الوطء فاستحال أن تنقطع العدة بالوطء ، لأن ما يوجب الشئ لا يقطعه [1] . هذا بالإضافة إلى أن الرجعة كأصل النكاح ، والنكاح لا يحصل بالفعل ، فكذلك الرجعة لا تحصل به .

والرجعة سبب لاستباحة الفعل (الوطء) ورفع الخلل الذى وقع فى الملك بالطلاق الرجعى ، وهذا لا يكون إلا بالقول ، والوطء قبل الرجعة حرام ، فلا يكون سبيلاً إلى الحل . ويقول الشيرازى فى المهذب " لا تصح الرجعة إلا بالقول فإن وطئها لم يكن ذلك رجعة لاستباحة بُضع مقصود يصح بالقول ، فلم يصح بالفعل مع القدرة على القول كالنكاح ، يقول الشافعى " وهى – أى المطلقة رجعياً – محرمة عليه تحريم المبتوتة حتى تراجع – وطلّق عبد الله بن عمر امرأته ، وكانت طريقه إلى المسجد على مسكنها ، فكان يسلك الطريق الأخرى كراهية أن يستأذن عليها حتى راجعها . وقال عطاء لا يحل له منها شئ أراد ارتجاعها أو لم يرده ، ما لم يراجعها ، وقال عطاء وعبد الكريم لا يراها فضلاً " . وقال الشافعى " إن إصلاح

[1]) الحاوى الكبير جزء ١٠ ص٣٠٩ وما بعدها شرح مختصر المازنى .

الطلاق بالرجعة وهذا يدل على ثبوت الفساد قبل الرجعة ، وليس في تسميته بعلاً دليل على رفع التحريم ، كالحائض .

ثالثاً : المالكية والرجعة بالقول أو الفعل

الرأى عن المالكية أن الرجعة تكون بالقول الصريح فى المراجعة كقول المطلق رجعياً : راجعت زوجتى لعصمتى وأرجعتها . وتصح الرجعة عندهم بالفعل أيضاً بشرط أن يكون لدى المطلق نية المراجعة بهذا الفعل . ويعبر الدردير عن ذلك فى الشرح الكبير بقوله " ولا تصح بدون النية ، ولا بأقوى الأفعال كوطء ، فأولى مباشرة ، ويؤكد الدسوقى على النية فيقول " وأما الفعل مع النية فإنه يحصل به الرجعة ، والدخول عليها من جملة الفعل ، فإن نوى به الرجعة كفى " وحاصل ذلك أن الرجعة – عند المالكية – تحصل بالقول مع النية سواء كان القول صريحاً أو محتملاً كأمسكتها ، وكذلك بالفعل مع النية . أما الفعل وحده أو القول المحتمل وحده فلا تحصل بها رجعه ، فعند مالك " وطء المطلقة رجعياً حرام حتى يراجعها . أما القول الصريح وحده فتحصل به الرجعة فى الظاهر لا فى الباطن . ومؤدى هذا أن تصح الرجعة بالقول الصريح كرجعتك قضاءاً ، وإن كانت لا تصح فى الباطن ، إذا لم تكن هناك نية المراجعة .

ويبين المالكية أن فى المراجعة وحدها إن كانت بمعنى القصد – أى قصد عودة المرأة للعصمة فقط فلا تحصل بها رجعة أصلاً ، وإن كانت النية بمعنى الكلام النفسى فقيل تحصل بها الرجعة فى الباطن لا فى الظاهر . وهناك رأى بعدم حصول مراجعة بالكلام النفسانى مطلقاً لا فى الظاهر ولا فى الباطن [1] .

---

[1] الشرح الكبير للدردير جزء ٢ ص٤١٦ وما بعدها .

رابعاً : الحنابلة والرجعة

يرى الحنابلة وقوع الرجعة بالوطء فقط – دون غيره من مقدمات الجماع من لمس وقبله ولو بشهوة وحجتهم فى ذلك أن مقدمات الجماع لا تدل على إرادة الرجعة دلالة ظاهرة . ويعبر عن ذلك ما ورد فى كشاف القناع من أنه : وتحصل الرجعة بوطئها بلا إشهاد – نوى الرجعة أو لم ينو به الرجعة لأن الطلاق سبب زوال الملك ، وقد انعقد مع الخيار ، والوطء من المالك يمنع زواله كوطء البائع لأمته فى مدة الخيار ، ولا يحصل رجعتها بمباشرتها من القبلة واللمس والنظر إلى الفرج ولو بشهوة ، ولا بالخلوة بها والحديث معها ، لأن ذلك كله ليس فى معنى الوطء ، إذ الوطء يدل على ارتجاعها دلالة ظاهرة بخلاف غيره [1] .

والرأى عندى ما يراه الأحناف لقوة دليلتهم ، ولأن قول المطلق رجعياً مع مطلقته فى خلال أجل العدة ، هو قول أو فعل مع قيام الزوجية حكماً ولا يكون هذا القول أو الفعل إلا فى حل المحل فيؤدى أثره فى الحال نوى الرجعة أو لم ينوها .

إعلام الزوجة بالرجعة والإشهاد عليها

اختلفت آراء الفقهاء فى شأن إعلام المطلقة رجعياً بمراجعة زوجها لها وهى فى العدة ، وكذلك الإشهاد على هذه الرجعة ، وذلك على النحو التالى :

أولاً : يرى جمهور الفقهاء أن الإشهاد على الرجعة ليس شرطاً لصحتها ، لأن الرجعة تصدر من زوج مطلق ، فتقع صحيحة أشهد عليها أو لم يشهد ، قال تعالى " فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف

---

[1]) المغنى جزء ٧ ص٢٨٣ .

واشهدوا ذوى عدل منكم " فالأمر فى الآية جاء للندب والاستحباب ، لقيام الدليل الذى يصرف هذا الأمر عن إفادة وجوب الإشهاد إلى الندب والاستحباب . هذا بالإضافة إلي أن المراجعات كانت تحصل كثيراً في صدر الإسلام ولم يؤثر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه طلب الإشهاد عليها ، فقد أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم ابن عمر أن يراجع زوجته ولم يطلب الإشهاد على الرجعة ، لأن الرجعة حق للزوج لا يتوقف استعماله على رضاء مطلقته ولذلك لا يحتاج استعمال حقه إلى الإشهاد عليه . والشهادة إذا كانت شرطاً لابتداء الزواج إلا أنها ليست شرطاً لاستدامته .

والجمهور وإن كان يرى عدم وجوب الإشهاد على الرجعة ، لأن نصوص الرجعة من الكتاب والسنة جاءت مطلقة عن شرط الإشهاد ، إلا أنه يرى استحباب الإشهاد عليها ، ويقدم لذلك عدة حجج منها :

١) إذا لم يشهد الزوج المراجع على الرجعة ، فإنه لا يأمن أن تنقضى عدة مطلقته ، فلا تصدقه فى الرجعة ، وهنا يكون القول قولها بعد انقضاء العدة ، لذلك ندب الإشهاد عليها . وفى قول الله عز وجل " فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف " جمع بين الفرقة والرجعة ، وأمر الله بالإشهاد ، وقوله واشهدوا ذوى عدل منكم ، والإشهاد على الفرقة ليس بواجب ، بل هو مستحب وكذا الإشهاد على الرجعة فهو مستحب أيضاً .

٢) لا مهر فى الرجعة ، ولا يشترط فيها رضاء المطلقة رجعياً ، لأن الأمرين من شرائط ابتداء عقد النكاح لا من شرائط بقائه .

٣) الرجعة حق الرجل ، ولا شترط إعلام مطلقته لاستعمال حقه باستدامة الزواج .

٤) القول بالإشهاد عى الرجعة مندوب له ، لأنه إذا راجع – ولم يعلمها بالرجعة حتى انقضاء عدتها ، وتزوجت بزوج آخر ، ثم جاء الزوج الأول ، فهى امرأته – بالرجعة – سواء دخل بها الزوج الثانى أو لم يدخل ، ويفرق بينهما وبين الزوج الثانى ، لأن الرجعة قد صحت بدون علمها ، فزواجها بالثانى وهى امرأة الأول غير صحيح .

ثانياً : هناك رأى بوجوب إعلام المطلقة رجعياً بمراجعة مطلقها لها . هذا الرأى عنده الشهادة على الرّجعة شرط لصحتها ، فلو راجع المطلق مطلقته – ولم يشهد على رجعته – لم تكن الرجعة صحيحة لأن الرجعة عند هذا الرأى هى استدامة لزوجية ، بمعهنى أن ملك النكاح يبقى قائماً من وجه ، وزائلاً من وجه فى حق الوطء – أى أن المطلق رجعياً لا يحق له أن يطأ مطلقته إلا بعد مراجعتها .

قال الماوردى من الشافعية إن الشهادة على الرجعة واجبة مع التلفظ بالرجعة ، فإن لم يشهد كانت باطلة لقوله تعالى " وأشهدوا ذوى عدل منكم " فهذا أمر فاقتضى الوجوب ، يضاف إلى ذلك أنه عقد يستباح به البضع فوجب فيه الشهادة كالنكاح . وهناك رأى عند الشافعية أن الشهادة مستجبة على الرجعة ، جاء فى مغنى المحتاج أنه لا يشترط الإشهاد فى الرجعة لأنها فى حكم استدامة النكاح ، والإشهاد إن وجب فى النكاح لإثبات الفراش – أى الزوجية – فهى ثابتة هنا [1] .

---

[1]) مغنى المحتاج جزء ٣ ص٣٣٦ .

ثالثاً : ذهب الإمام مالك إلى أن الإشهاد على الرجعة مستحب ، وهو المشهور فى المذهب [١] .

رابعاً : يرى الحنابلة فى الإشهاد على الرجعة الوجوب ، ويرون الاستحباب فقد جاء فى المغنى لابن قدامه " فأما على الرجعة روايتان إحداهما : تجب لقوله تعالى " واشهدوا ذوى عدل منكم " وظاهر الأمر الوجوب ، ولأنها استباحة بضع فوجبت الشهادة فيها كالنكاح . والثانية : لا تجب الشهادة ، لأنها لا تفتقر إلى قبول ، فلم تفتقر إلى شهادة كسائر حقوق الزوج ... ولا خلاف بين أهل العلم فى أن السنة الإشهاد .

ويقول ابن تيمية لا تصح الرجعة مع الكتمان بحال [٢] ، وابن حزم الظاهرى يقول فإن راجع ولم يشهد فليس مراجعاً [٣]

والذى نراه ونرجحه هو ضرورة الإشهاد على الرجعة قضاء وذلك للأسباب الآتية :

١) إذا كان طلاق الرجل لزوجته شائعاً بين الناس فلابد أن تكون الراجعة بالإشهاد عليها . فالناس يعلمون الطلاق ، فإذا عادت المطلقة إلى منزل الزوجية فلابد أن يتساءل الناس عن سبب هذا الرجوع إذا كان خفياً .

٢) الإشهاد على الرجعة فيه إعلام للزوجة بتمام مراجعة زوجها لها إن كان رضاها بالرجعة غير مطلوب ، خاصة إذا ادعى المطلق الرجعة بعد انتهاء أجل العدة . وإذا كانت المراجعة استدامة الحياة الزوجية ، فالمطلقة رجعياً يجب عليها أن لا تسلم نفسها إلا فى حل شرعى تقتنع به ، وهذا الامتناع لا يكون إلا بعلمها بالمراجعة والإشهاد عليها .

---

١) قوانين ابن جزى ص١٥٥ .
٢) فتاوى ابن تيمية (الاختيارات الفقهية) ص ٢٧٣ .
٣) المحلى جزء ١٠ ص٢٥١ .

ومن ضرورة الإشهاد على الرجعة إن لا تتزوج المطلقة رجعياً بعد انقضاء أجل عدتها ، فإذا هى تزوجت بعدها ثم جاء المطلق رجعياً يدعى الرجعة فى أجل العدة ، فإن المنازعات تثور حول الحل والحرمة ، فى أمر لو أشهدنا عليه لتبين الحق فيه من الباطل " ولذلك يقول ابن تيمية ولا تصح الرجعة مع الكتمان بحال .

٣) إن شيوع الرجعة بالإشهاد عليها يمنع المرأة من إنكار وقوع الرجعة ، ويدفع الوقوع فى الحرام .

موقف القانون من إثبات الرجعة

نصت المادة ٢٢ من قانون تنظيم بعد أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالقانون ١/٢٠٠٠ على أنه " مع عدم الإخلال بحق الزوجة فى إثبات مراجعة مطلقها لها بكافة طرق الإثبات لا يقبل عند الإنكار إدعاء الزوج مراجعته مطلقته ، ما لم يعلنها بهذه المراجعة بورقة رسمية قبل انقضاء ستين يوماً لمن تحيض ، وتسعين يوماً لمن عدتها بالأشهر من تاريخ توثيق طلاقه لها ، وذلك ما لم تكن حاملاً ، أو تقر بعدم انقضاء عدتها حتى إعلانها بالمراجعة .

***

تكلم النص فى إثبات مراجعة الزوج لزوجته المطلقة طلاقاً رجعياً وافترض النص حالتين من إنكار الرجعة : الحالة الأولى أن تدعى المطلقة رجعياً أن مطلقها راجعها فى العدة ، وينكر المطلق هذه المراجعة . والحالة الثانية أن يدعى المطلق رجعياً مراجعة مطلقته فى العدة ، وتنكر هى هذه المراجعة .

الحالة الأولى : ادعاء المطلقة رجعياً مراجعة مطلقها لها في العدة .

أجازت المادة ٢٢ سالفة الذكر للمطلقة رجعياً إثبات مراجعة مطلقها لها فى خلال أجل العدة بكافة طرق الإثبات عند إنكار المراجعة . يستوى أن يكون الإنكار من المطلق أو من ورثته . ويستوى أيضاً أن يدعى المراجعة قبل انقضاء أجل العدة أم بعد انقضائه . وقد قضى بثبوت المراجعة بشهادة شاهدين شهد بأن المدعى عليه قد عاشر المدعية بعد الطلاق بشهر فى منزلها واستمر معها إلى أن دب الخلاف بينهما ، وهذا كاف فى إثبات الرجعة .

وعلى المطلقة وهى تثبت مراجعة مطلقها لها أن تثبت ما يأتى :

١) وصف الطلاق الذى أوقعه المطلق – هل هو طلاق رجعى أم بائن – وتاريخ وقوع هذه الطلاق .

٢) صدور قول – أو فعل – المطلق الذى يدل على الرجعة . ونوع هذا القول ، هل صريح فى الرجعة أم كناية فيها . ومن المعروف أن صريح اللفظ هو اللفظ الذى لا يحتمل معنى آخر غير الرجعة ، وإبقاء الزوجية . ومثال أن يقول المطلق " راجعت زوجتى أو أمسكتها أو رددتها إلى عصمتى " . هذه الألفاظ الصريحة فى الرجعة إذا صدرت من المطلق فإنها لا تحتاج إلى البحث عن نيته .

إذا كانت الرجعة بألفاظ الكناية – أى بلفظ يحتمل الرجعة ويحتمل غيرها ، كأن يقول المطلق رجعياً " أنت عندى الآن أو أنت امرأتى " فهذه الألفاظ تحتمل الرجعة وتحتمل غيرها ، ولذلك لا تثبت بها الرجعة إلا بالنية .

٣) تثبت المراجعة بوقوع فعل من مطلقها يوجب حرمة المصاهرة كالاتصال الجنسى أو التقبيل أو اللمس بشهوة . وفى هذا قضى بأن الرجعة

تحصل بكل فعل يقتضى النكاح . كما أن عدم نفى نسب الولد بعد ولادته ، يفيد الرجعة .

٤) أن تكون الرجعة التى تدعيها المطلقة رجعياً قد وقعت خلال أجل العدة من الطلاق .

الحالة الثانية : أن يكون الزوج هو مدعى المراجعة

الرجعة تصح بالقول والفعل ، وبالأدلة فى أثناء العدة من الطلاق الرجعى – وقد توسع الأحناف فى حق الرجعة حتى أجازوها بمجرد النظرة بشهوة ، وتصح الرجعة عندهم بكل فعل يوجب حرمة المصاهرة ولو كان اختلاساً ، حتى أنهم قالوا إن المطلقة رجعياً إذا سافرت مع مطلقها فى العدة ولم يصرح برجعتها ، كان السفر دلالة على الرجعة .

والرجعة عند الأحناف لا يجب الإشهاد عليها ، وإن كان يستحب الإشهاد خوفاً من الجحود ، ويرون الإشهاد مندوباً ، ولا يشترط رضا المطلقة بالرجعة .

أفترض نص المادة ٢٢ سالف الذكر أن المطلق رجعياً يدعى مراجعة مطلقته – وهى تنكر هذه المراجعة – وفى هذه الحالة يتعين عليه أن يثبت الرجعة .

يقول الكاسانى :

أ) إذا ادعى الرجل الرجعة فى زمن مضى – كأن يقول كنت راجعتك أمس ، فإن صدقته المرأة فقد تثبت الرجعة ، سواء قال ذلك وهى فى عدتها ، أو بعد انقضاء عدتها ، بعد أن كانت المرأة فى العدة أمس .

ب) إذا قال الرجل كنت راجعتك أمس وكذبته ففى الأمر صورتين :

الصورة الأولى – أن يكون قول الرجل فى خلال أجل العدة فإن القول قوله وسبب ذلك أنه أخبر عن أمر يملك إنشاءه فى الحال ، لأن الزوج المطلق رجعياً يملك مراجعته زوجته فى خلال أجل العدة ، ومن أخبر عن أمـــر يملك إنشاءه فى الحال يصدق فيه ، لأنه إذا لم يصدق ينشئه فى الحال فلا يفيد التكذيب مثال الوكيل قبل عزله إذا قال بعت أمس .

الصورة الثانية – أن يكون قول الرجل بعد انقضاء أجل العدة – فى هـــذه الحالة يكون القول قول المرأة ، وسبب ذلك أن الرجل أخبر عن أمـــر لا يملك إنشاءه فى الحال – لأنه لا يملك إنشاء الرجعة بعد انقضاء العـــدة ، فصار كالوكيل بعد عزله – ولا يمين على المرأة عند أبى حنيفة ، وهـــذه من المسائل المعدودة التى لا يجرى فيها الاستحلاف عند أبـــى حنيفـــة – وهى النكاح والرجعة والفئ فى الإيلاء والنسب والولاء – لأن النكول فى اليمين بذل عنده وهذه الأشياء لا تحتمل البذل والنكول عن اليمـــين حملـــه على البذل أولى من حمله على الإقراء لأننا لو جعلنا النكول إقراراً لكذبناه لما فيه من الإنكار ، ولو جعلنا النكول بذلاً لم نكذبه لأنه يصير فى التقدير كأنه قال ليس هذه لك ، ولكنى لا أنازعك فيه ، فيحصل المقصود من غير حاجة إلى التكذيب ، ولذا ثبت أن النكول بذل وهـــذه الأشـــياء الســـابقة لا تحتمل البذل ، فلا تحتمل النكول ، فلا تحتمل التحليف ، لأنه إنما يستحلف المدعى لينكل عليه فيقضى عليه ، فإذا لم يحتمل النكول لا يحتمل التحليف . ويرى أبو يوسف ومحمد أن الرجعة – والأشياء السابقة – يجرى فيهـــا الإستحلاف فهى لا تحتمل البذل ، وهذه الأشياء تثبت عندهما بـــدليل فيـــه شبهة ، والنكول عندهما أيضاً إقرار فيه شبهة ، ونكول المدعى عليه دليل كونه كاذباً فى إنكاره لأنه لو كان صادقاً لما امتنع عن اليمين الصـــادقة ،

فكان النكول إقرارا دلالة ، إلا أنه دلالة قاصرة فيها شبهة العدم ، والرجعة تثبت بدليل قاصر فيه شبهة العدم [1] .

إذا أقام الزوج بينة على الرجعة السابقة قبلت بينته وثبتت الرجعة وسبب ذلك الشهادة قامت على الرجعة فى العدة فتسمع .

ادعاء الرجعة فى المجلس

قد تحصل المراجعة فى مواجهة الزوجين ، وهذه الرجعة لها صور عدة بيانها :

١) أن يقول المطلق رجعياً لمطلقته قد راجعتك ، فتجيب قد انقضت عدتى . فى هذه الصورة يكون القول قولها مع يمينها – عند أبى حنيفة . وعند أبى يوسف ومحمد القول قول الزوج . واتفق الأئمة على أنها إذا سكتت ثم قالت بعد السكوت انقضت عدتى فإن القول يكون قول الزوج .

٢) إذا قالت المرأة انقضت عدتى فرد عليها المطلق رجعياً قائلاً راجعتك بكلام موصول بكلامها . قال أبو حنيفة يكون القول قولها لأن المرأة أمينة فى إخبارها عن انقضاء العدة ، فإن الشرع إئتمنها فى هذا الباب قال تعالى ، ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله فى أرحامهن إن كن يؤمن بالله واليوم الآخر " فالحيض والحبل نهاهن الله سبحانه وتعالى عن الكتمان ، والنهى عن الكتمان أمر بالإظهار – إذ النهى عن الشئ أمر بضده ، والأمر بالإظهار أمر بالقبول لتظهر فائدة الإظهار فيلزم قبول قولها وخبرها بانقضاء العدة .

قال أبو يوسف ومحمد القول قول الزوج ، لأن بقوله رداً عليها فى الحال قد راجعتك يقع به رجعة صحيحة لقيام العدة من حيث الظاهر ، فكان

---

[1]) البدائع جزء ٦ ص٢٢٧ .

القول قول المرأة انقضت عدتى إخباراً عن انقضاء العدة ، ولا عدة لبطلانها بالرجعة التى قال بها الرجل ، فلا يسمع قولها ، كما لو سكتت ساعة ثم قالت انقضت عدتى ، لأن قولها انقضت عدتى إن كان إخباراً عن انقضاء العدة فى زمان متقدم على قول الزوج لا يقبل منها بالإجماع ، كما لو أسندت الخبر عن الإنقضاء إليه نصاً بأن قالت كانت عدتى قد انقضت قبل رجعتك لأنها متهمة فى التأخير عن الإخبار أما إذا كان إخبارها بانقضاء عدتها فى زمان مقارن لقول الزوج فهذا نادر فلا يقبل قولها .

***

بين نص المادة ٢٢ إثبات الرجعة عند إنكارها من المطلقة رجعياً على النحو التالى :

١) إعلانها بالمراجعة بورقة رسمية قبل انقضاء العدة بستين يوماً – لمن عدتها بالحيض – من تاريخ توثيق طلاقه لها .

٢) إعلان من عدتها بالأشهر بالمراجعة قبل انقضاء تسعين يوماً من تاريخ توثيق طلاقه لها .

استثنى النص المرأة الحامل ، أو من تقر بعد انقضاء عدتها من الإعلان بالمراجعة ولبيان الحالات المتقدمة فى إثبات الرجعة نقول :

أولاً : المطلقة رجعياً التى عدتها بالحيض : يتعين على المطلق إثبات أنه فى مدة الستين يوماً قام بإعلان الرجعة – أى قبل انقضاء الستين يوماً – وهذه المدة هى أقل مدة تصدق فيها المطلقة رجعياً أن عدتها قد انقضت بحيضات ثلاث كوامل . وتبدأ هذه المدة من تاريخ الفرقة ، لأن الراجح فى مذهب أبى حنيفة فى احتساب العدة لذوات الحيض هو رأى الإمام نفسه وعليه الفتوى . وهو يقرر أن الحيضات الثلاث يتخللها طهران بالضرورة

، وأقصى مجدة الحيض هى عشرة أيام للاحتياط ، وأن أقل مدة الطهر هى خمسة عشر يوماً ، ولا حد لأكثره .

وتنتهى العدة بانقطاع الدم عن الحيضة الثالثة ، وأن أقل مدة تصدق فيها المرأة أنها انقضت عدتها بحيضات ثلاث هى ستون يوماً من تاريخ الفرقة . فإذا ادعت المعتدة بالحيض انتهاء عدتها برؤية دم الحيض ثلاث مرات كوامل بعد الطلاق ، فإن كان قد مضى ستون يوماً فأكثر من تاريخ الطلاق صدقت فى قولها بيمينها ، وتكون العدة منتهية . وإن كانت المدة من تاريخ الطلاق أقل من ستين يوماً فلا تصدق فى ادعائها لأن المدة لا تحتمل انقضاء العدة ، وعلل أبو حنيفة ذلك بأن أمر الحيض والطهر لا يعلم إلا من جهتها ، فيكون القول قولها لأنها أمينة فى إخبارها عن انقضاء عدتها فإن الله عز وجل ائتمنها فى ذلك بقوله تعالى " ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله فى أرحامهن " قيل فى التفسير إنه الحيض والحبل ، والقول قول الأمين مع اليمين ، وقول الأمين إنما يقبل فيها لا يكذبه الظاهر .

هذا ويلاحظ أن أبا حنيفة صدق المرأة فى قولها بانقضاء عدتها فى مدة ستين يوماً بشرط أن تحلف اليمين على أنها رأت دم الحيض ثلاث مرات كوامل ، لأنها تدعى انقضاء العدة فى غير موعدها ، وهى مدعى عليها واليمين حجة المدعى عليه وهى تنكر دعوى الزوج الرجعة فى خلال العدة " ولذلك يوجه القاضى هذه اليمين ولو لم يطلبها المطلق ، وعدم توجيهها يجعل ادعاءها بانقضاء عدتها غير كاف لأن شرط تصديقها فى قولها أداء يمينها .

نص الماة ٢٢ سالفة الذكر وضع قاعدة عامة مؤداها عدم قبـول ادعـاء الزوج مراجعة مطلقته إذا لم يعلنها بهذه المراجعة بورقـة رسـمية قبـل انقضاء ستين يوماً – من تاريخ الطلاق – إذا كانت من ذوات الحـيض ، فأسقط النص ادعاءها بانقضاء عدتها واكتفى بمجرد إنكارها ، كما أسـقط اليمين التى اشترطها الأحناف لاعتبارها أمينة على ما خلق الله فى رحمها ، فأوجد النص بذلك مبدأ فى انقضاء العدة هو " انقضاء عدة المـرأة مـن ذوات الحيض بمضى ستين يوماً ".إذا أنكـرت الرجعـة لعـدم إعلانهـا بالمراجعة . ولم يبين النص الحكم فيما إذا ظهر على هذه المرأة حمل بعد مدة الستين يوماً التى أنكرت بعدها المراجعة ، هل أن ترجع بنسب هـذا الحمل على من طلقها وأدعى مراجعتها فأنكرت مراجعته ؟ – إذا كانت لم تتزوج بغيره بعد . وما هو الحكم إذا كانت تزوجت بعد إنكارها المراجعة الى ادعاها المطلق ؟

لقد جاء النص مجهلا الحكم ، فأضر بذلك المرأة إذا خانتها الذاكرة فيمـا تدعيه من إنكار ، أو كانت قد أرادت الكيد لمن طلقها ، خاصة وأن مـدة الستين يوماً ليست كافية لإظهار الحمل عند كل النساء .

والرأى عندنا أن هذه المرأة إذا ظهر بها حمل بعد إنكارهـا المراجعـة – سواء تزوجت بعد إنكارها أم لم تتزوج لها أن تستند إلى نص الفقرة الأولى من المادة الثالثة من القانون ١/٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية التى تـنص علـى أن " تصدر الأحكام طبقاً لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمـول بهـا ، ويعمل فيما لم يرد بشأنه نص فى تلك القوانين بأرجح الأقوال من مـذهب الإمام أبى حنيفة " على أن تتوافر الشروط الذى يتطلبها هذا المذهب .

الفصل الثالث

خطبة المطلقة فى عدتها

وجبت العدة على المرأة المطلقة – فى الإسلام – حفاظاً للأنساب ، وتحصينها للفرج . وفوق كل هذا فيها حق لله عز وجل ، فهو صاحب تشريع العدة . ونهى الإسلام عن زواج المرأة المعتدة ، والنهى هنا نهى تحريم ، قال تعالى " ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله " أى ما كتب عليها من التربص ، ولأن بعض أحكام النكاح حالة العدة قائم ، فكان النكاح قائماً من وجه ، والثابت من وجه كالثابت من كل وجه فى باب الحرمات ، لأنه لا يصح التصريح بالخطبة فى حال قيام العدة ، ولم يقف الأمر بالنهى فى الآية السابقة عند حد النهى عن الزواج فى العدة ، فقد نهى الله سبحانه عن المواعدة فيها فقال " علم الله أنكم ستذكرونهن ، ولكن لا تواعدوهن سراً ، إلا أن تقولوا قولاً معروفاً " والقول المعروف – هو التعريض بالمواعدة دون الإفصاح بها .

وسبب وجوب العدة له أثر كبير على نوع الخطبة بالنسبة للمعتدة . وبيان ذلك :

الخطبة بطريق التصريح فى العدة

هذه الخطبة لا تحل عند الفقهاء يستوى فى ذلك أن يكون سبب وجوب العدة طلاق أو وفاة ، لأن المعتدة من طلاق رجعى تكون فى خلال عدتها من هذا الطلاق فى حكم الزوجة ، ولذلك يكون لمطلقها حق مراجعتها فى خلال أجل العدة بدون توقف على رضاها من أجل ذلك كانت خطبيتها فى خلال أجل عدتها اعتداء على حق هذا المطلق ، وهذا غير جائز شرعاً لأن الله تعالى قال " وبعولتهن أحل بردهن " . أما إذا كانت المطلقة معتدة

من طلاق بائن بينونة صغرى ، فللمطلق أن يعقد عليها وهى فى عـدتها منه ، فلو أبيح لغيره أن يخطبها فى أثناء العدة ، كان فى ذلك تعـد علـى حقه فضلاً عن قطع العودة إلى زوجته مرة أخرى ، مما يثير حفيظته على هذا الخاطب فى عدته ، يضاف إلى كل هذا أن الخطبة فى العدة قد تحمل المرأة على الكذب فى الإقرار بانقضاء عدتها إذا كانت ممن تعتد بالحيض وإذا كانت المرأة معتدة من طلاق بائن بينونة كبرى ، فإن تحريم خطبتها خلال أجل عدتها يمنع الظن بأن هذا الخاطب الذى يخطب صـراحة فـى العدة له دخل فى إفساد العلاقة الزوجية .

وإذا كانت المرأة معتدة من وفاة فإن تحريم خطبتها صراحة فى عدتها فيه مراعاة لحال أقارب الميت ، ولحال المعتدة من الحزن والحداد . وقد أجاز الفقهاء خطبة هذه المعتدة تعريضاً لا تصريحاً لأن الله تعـالى قـال " ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو أكننتم فى أنفسكم علم الله أنكم ستذكروهن ولكن لا تواعدوهن سراً إلا أن تقولوا قولاً معروفاً " وهذه الآية قصد بها النساء المعتدات من الوفاة .

الخطبة بطريق التعريض

الفرق بين التعريض والتصريح ، أن التصريح يذكر لفظاً يدل علـى إرادة الخطبة من غير احتمال لسواها . أما التعريض ففيه ذكر الخطبـة بلفـظ يحتمل الخطبة ويحتمل غيرها ، ومن ذلك ما ذكر مـن أن سـكينة بنـت حنظله قالت : استأذن علىَّ محمد بن على بن الحسين ، ولم تنقض عـدتى من مهلك زوجى ، فقال : قد عرفت قرابتى من رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقرابتى من على ، وموضعى فى العرب . فقلت : غفر الله لك يا جعفر ، إنك رجل يؤخذ عنك تخطبنى فى عدتى !! قال : إنمـا أخبرتـك

بقرابتى من رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ومن على . إن هذا التعريض وضح منه الغرض وهو الخطبة ، مع أن ظاهره لغيرها .

المعتدة من طلاق رجعى لا يجوز خطبتها بطريق التعريض ، فهى زوجة حكماً . أما المعتدة من طلاق بائن بينونة صغرى أو كبرى ، فقد أباح الفقهاء خطبتها بطريق التعريض ، وسبب ذلك أن الطلاق البائن بنوعية يقطع رابطة الزوجية ، ومن ثم لا يكون فى خطبتها تعريضاً اعتداء على حق المطلق ، هذا فضلاً عن أن المعتدة هنا تشبه معتدة الوفاة بالنسبة لانقطاع رابطة الزوجية ، وهذه تحل خطبتها تعريضاً .

يحرم الأحناف خطبة المرأة المعتدة من الطلاق بائن بنوعية بطريق التعريض ، وسبب ذلك أن الطلاق البائن بينونة صغرى لا يمنع المطلق من يعقد على مطلقته وهى عدته ، وأن إباحة خطبتها لغيره – ولو تعريضاً – قد يؤدى إلى أثاره الشحناء والعداوة . وإن كانت معتدة من طلاق بائن بينونة كبرىة فإن إباحة خطبتها تعريضاً قد يؤدى إلى كذبها بالنسبة لانقضاء عدتها حتى لا يفوتها الزواج بمن تقدم لخطبتها .

أثر خطبة معتدة الغير

إذا خطب الخاطب امرأة لا تباح خطبتها له شرعاً – أثم ديانة ، وإن كان عقده بعد انقضاء عدتها يقع صحيحاً لأن هذا العقد تم والمرأة غير محرمة وإلى هذا ذهب جمهور الفقهاء ، وحجتهم أن النهى عن الخطبة فى العدة غير متوجه إلى نفس العقد الذى تم والمرأة غير محرمة على من عقد عليها – بمعنى أن نهى الخطبة نهى عن أمر خارج عن حقيقة العقد ، فلا يؤثر ذلك فى صحته . وقال رأى إن الزواج المبنى على خطبة محرمة يقع باطلاً ، سواء دخل بها الزوج أو لم يدخل . ويعلل داود الظاهرى لرأيه

هذا بأن الزواج منهى عنه لابتنائه على خطبة محرمة ، والنهى عنه باطل حتى ولو كان النهى متوجهاً إلى أمر خارج عن حقيقته .

والمالكية لهم أقوال ثلاثة فى عقد الزواج الذى قام على خطبة محرمة :

القول الأول : يقع العقد باطلاً ويجب فسخه سواء دخل بها الرجل أو لم يدخل .

القول الثانى : إن العقد يقع صحيحاً ولا يفسخ مطلقاً – كما ذهب الجمهور

والقول الثالث : يفسخ العقد إذا كان الرجل لم يدخل بها ، ولا يفسخ إن كان دخل بها .

يقول ابن جزى فى القوانين الفقهية " فإن عقد لم يفسخ عقده ، وقيل يفسخ وفاقاً للظاهرية ، وقيل يفسخ قبل الدخول لا بعده . قال أبو عمر فى الكافى " والمشهور عن مالك – وعليه أكثر أصحابه – أنه يفسخ نكاحه قبل الدخول استحباباً لأنه تعدى ما ندب إليه ، وبئس ما صنع ، فإن دخل بها مضى النكاح ولم يفسخ .

هل يجوز لصاحب العدة أن يخطب معتدته

يجوز لصاحب العدة أن يتزوج معتدته إذا لم يكن هناك مانع لأن العدة حقه ، قال تعالى " مما لكم عليهن من عدة تعتدونها ، فأضاف العدة إلى الأزواج فدل ذلك على أن العدة حق الزوج ، وحق الانسان لا يجوز أن يمنعه من التصرف ، وإنما يظهر أثره فى حق الغير .

إذا كانت المطلقة طلاقاً رجعياً كان لمطلقها أن يراجعها فى عدته . وإذا كانت مطلقة طلاقاً بائناً بينونة صغرى جاز لمطلقها أن يتقدم لها مع الخطاب خاطباً .

وإذا كانت المطلقة طلاقاً بائناً بينونة كبرى فلا يجوز لمطلقها أن يتقدم لها خاطباً إلا بعد أن تتزوج زوجاً آخر زواجاً صحيحاً شرعياً ثم يفارقهـــا أو يموت عنها ثم تنتهى عدتها منه – فى هذه الحالة يجوز للمطلـــق الأول أن يتقدم لها خاطباً مع الخطاب .

الفصل الرابع
الطلاق ونفقة المطلقة

اختلف الفقهاء في سبب وجوب نفقة الزوجة على زوجها . فقال الشافعي في مذهبه القديم إن سبب وجوب نفقة الزوجة على زوجها هو الزوجية أي كونها زوجة له – بعقد الزواج – وما يترتب عليه من ملك النكاح للزوج على زوجته ، أو هو القوامة لقوله تعالى " الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض ، وبما أنفقوا من أموالهم " فأوجب النفقة على الرجال لكونهم قوامين والقوامية تثبت بالنكاح فكان النكاح سبباً في وجوب النفقة للزوجة على زوجها . وقال الشافعي في مذهبه الجديد إن سبب وجوب النفقة للزوجة على زوجها هو العقد مع تسليم نفسها للزوج ، وتمكينه تمكيناً تاماً من الاستمتاع بها ، وتبادل هذا الاستمتاع .

وقال الأحناف إن سبب وجوب نفقة الزوجة على زوجها هو حق الحبس الثابت بالنكاح للزوج على زوجته بسبب النكاح – وليس هو مجرد النكاح – فحق الحبس هذا مؤثر في استحقاق الزوجة للنفقة على الزوج .

وهذا ويلاحظ أن حق الحبس هنا لا ينصرف إطلاقاً إلى حبس الزوجة في شخصها وجسمها ، وإنما ينصرف إلى حبس حلها له وحده ، وهذا الحل يرد على كل منفعة كانت محرمة عليه قبل الزواج . وهذا الحبس فيه منفعة الزوجة أي فيه عصمتها فهي من تاريخ زواجها مقصورة المنافع على زوجها ولا يمكن لأحد أن يدعي غير هذا . والحبس فيه منفعة الزوج أيضاً ، فقد أحل الله له من زوجته ما كان محرماً عليه قبل زواجه بها . هذا الزواج الشرعي ، وما تبعه من حبس المنافع للزواج هو سبب وجوب نفقتها عليه ، ولذلك يقول فقهاء الأحناف لا نفقة على مسلم في نكاح فاسد

لانعدام سبب الوجوب وهو حق الحبس الثابت للزوج ، والذى لا يثبت إلا بنكاح صحيح شرعى ، ولا يثبت نكاح فاسد لأنه ليس بنكاح حقيقة – وكذا فى عدته ، لأن حق الحبس إن فى عدة النكاح الفاسد ، فهو لم يثبت بعقده ، وإنما يثبت لتحصين ماء الرجل ، ولأن حال العدة لا تكون أقوى من حال النكاح لكى توجب النفقة ، فلما لم تجب النفقة فى النكاح الفاسد ، فلأن لا تجب فى عدته أولى .

وخلاصة القول عند الحناف أن سبب وجوب النفقة استحقاق الحبس الثابت بالنكاح الصحيح ، وأنه إذا استحقت الزوجة النفقة قبل الفرقة بين الزوجين ، فإنها تستحق بالحبس بعد الفرقة ، لأن هذا الحبس تأكد بحق الشرع ، وتأكد بسبب يوجب تأكد الحكم ، فلما وجبت النفقة قبل الفرقة ، فوجوبها بعد الفرقة أولى .

وعند الأحناف الملك الثابت بالنكاح لا أثر له فى استحقاق الزوجة النفقة على زوجها ، لأن هذا الملك قوبل بعوض مرة – هذا العوض هو المهر – فلا يقابل بعوض آخر ، لأن العوض الواحد لا يقابل بعوضيّن . ولازم هذا أنه لا نفقة فى النكاح الفاسد ، لانعدام سبب الوجوب وهو الحبس الثابت للزوج على زوجته بسبب النكاح ، وحق الحبس لا يثبت فى النكاح الفاسد ، فهو ليس بنكاح حقيقة ، وكذا فى العدة منه ، التى لا تثبت إلا لتحصين الماء ، ولم ثبت بسبب النكاح .

هذا ويلاحظ أن وجوب العدة فى النكاح الصحيح سببه هو استحقاق الحبس للزوج على زوجته بسبب النكاح ، ولأن النكاح قائم من وجه – بعد الفرقة – فإن المرأة تستحق النفقة ، كما كانت تستحقها قبل الفرقة ، وذلك بطريق

الأولى ، لأن حق الحبس بعد الفرقة تأكد بحق الشـرع ، وتأكـد السـبب يوجب تأكد الحكم .

يقول المالكية إن النكاح أقوى أسباب النفقة ، والنفقة تجب للزوجة الممكنة زوجها من نفسها ، المطيقة للوطء ، بلا مانع ، إذا دعيت إليه [1] وإلى مثل هذا ذهب الحنابلة إذ قالوا " وإذا بذلت الزوجة تسليم نفسها البذل التـام - بأن لا تسلم فى مكان دون مكان ، أو بلد دون آخر - بل بذلت نفسها حيث شاء مما يليق بها ، وهى ممن يوطأ مثلها [2] .

المعتدة واستحقاق النفقة

من أحكام العدة وجوب النفقة على المطلق وكذلك السكنى لبعض المعتدات دون بعض . وشرط وجوبها - عند الأحناف - ألا تكون الفرقة حاصـلة بسبب من قبل الزوجة بسبب محظور . هذا الشرط استحسنه الأحناف وإن كان فى القياس ليس بشرط . وكيفية وجوب النفقة محل خلاف ، فهى تجب على وجه لا يصير ديناً فى ذمة الزوج إلا بالتراضى بين الـزوجين ، أو بقاء القاضى . فإذا لم يوجد أحد هذين الأمرين تسقط النفقة بمضى الزمان ، لأن النفقة تجرى مجرى الصلة ، وإن كانت تشبه الأعـواض ، لكنهـا ليست بعوض حقيقة .

قال الشافعى إن النفقة تصير ديناً فى الذمة من غير قضاء القاضـى ، ولا رضاء ، ولا تسقط بمضى الزمان ، لأن الله تعالى قال " وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف " ولفظ " علـى " يـدل علـى الإيجـاب ، والإيجاب هنا مطلق عن الزمان . واستبعدت الشافعية أن تكون النفقة صلة ، لأن الزوج - يجبر عليها ويحبس ، والصلة لا تحتمل الحبس والجبر .

---

[1]) الشرح الكبير للدردير جزء ٢ ص٥٠٨ .

[2]) كشف القناع جزء ٣ ص٣٠٥.

وقد أخذوا القانون ١٩٢٠/٢٥ بما ذهب إليه الشافعية إذا نص بالفقرة السادسة بالفقرة السادسة من المادة الأولى على انه " وتعتبر نفقة الزوجة ديناً على الزوج من تاريخ امتناعه عن الإنفاق مع وجوبه ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء " لأن الحقوق التى تجب فى مقابلة شئ ، متى وجد مقابلها ، لا تبرأ منها الذمم ، إلا بالأداء أو الإبراء منها ، فما دام لم يؤد النفقة لزوجته ، ولم تبرئه منها ، تظل ذمته مشغولة بها .

والمعتدة قد تكون معتدة من طلاق رجعى ، وقد تكون معتدة من طلاق بائن .

أولاً : المعتدة من طلاق رجعى

لا خلاف بين الفقهاء فى أن المعتدة من طلاق رجعى لها النفقة والسكنى على مطلقها فى مدة العدة . وكذلك المعتدة بوضع الحمل ، لها النفقة والسكنى حتى تضع حملها قال تعالى " أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم " وقال تعالى " وأولات الأحمال أجلهن أن يضع حملهن " لأن الطلاق الرجعى لا يرفع النكاح ولا يزيل الحل ، فتبقى المطلقة رجعياً فى خلال أجل العدة زوجة حكماً ، لها ما لغيرها من الزوجات ، والله سبحانه وتعالى يؤكد ذل بقوله تعالى " وبعولتهن أحق بردهن " .

وروى أن فاطمة بنت قيس قالت " أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله " إن زوجى أرسل إلى بطلاق ، وإنى سألت أهله النفقة والسكنى ، فأبوا علىَّ ، قالوا يا رسول الله ، إنه أرسل إليها بثلاث تطليقات ، قالت ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم " إنما النفقة والسكنى للمرأة إذا كان لزوجها عليها الرجعة "

المطلقة رجعياً حالها بعد الطلاق - فى خلال أجل العدة - كحالها قبل الطلاق ، فهى زوجة حكماً .

ثانياً : المعتدة من طلاق بائن

لا خلاف بين الفقهاء فى استحقاق المطلقة ثلاثاً أو بائناً النفقة والسكنى على مطلقها إن كانت حاملاً لقوله تعالى " وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن " . وإنما الخلاف بينهم فيما إذا كانت المعتدة من طلاق بائن وهى حائل فى شأن استحقاهما النفقة والسكنى إلى ثلاثة أقوال :

القول الأول : ذهب الأحناف إلى أن المعتدة من طلاق بائن وهى حائل - أى ليست حاملاً - لها النفقة والسكنى لأن الله تعالى قال " أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم " وكان ابن مسعود يقرأ " أسكنوهن من حيث سكنتم وأنفقوا عليهن من وجدكم " والأمر بالإسكان أمر بالإنفاق لأن المطلقة إذا كانت محبوسة ممنوعة من الخروج لا تقدر على اكتساب النفقة ، فلو لم تكن نفقتها على الزوج ولا مال لها لهلكت أو ضاق الأمر عليها ، وهذا لا يجوز . وقال تعالى " لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله " من غير فصل بين ما قبل الطلاق وبعده فى العدة . يضاف إلى ذلك أن النفقة إنما وجبت قبل الطلاق لكون الزوجة محبوسة المنافع - وعن الخروج والبروز لحق الزوج - وقد بقى ذلك الاحتباس بعد الطلاق فى حالة العدة ، وتأبد بانضمام حق الشرع إليه ، لأن الحبس قبل الطلاق كان حقاً خالصاً وبعد الطلاق تعلق به حق الشرع حتى لا يباح لها الخروج ، وإن أذن الزوج لها بالخروج ، فلما وجبت النفقة قبل التأكد - بحق الشرع - فلأن تجب بعد التأكد أولى .

القول الثانى : يقول المالكية أن المطلقة بائناً – وهى حائل – لها السكنى – دون النفقة [1] – بمعنى أنهم يسقطون نفقتها ، واستدلوا بقوله تعالى " وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن " فالآية فيها دليل على أن المطلقة بائناً غير الحامل لا نفقة لها . واستدلوا أيضاً بما روى فى حديث فاطمة بنت قيس من أن الرسول قال لها – وقد طلقت ثلاثاً – ليس لك عليه النفقة لما أرسل لها مطلقاً شعيراً فسخطته .

وقد استدل المالكية على وجوب السكنى لها قوله تعالى " أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم " لأن المراد بذلك المرأة التى بانت من زوجها بدليل قوله عز وجل " فإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن " لأن المطلقة طلاقاً غير بائن لها النفقة حاملاً كانت أو غير حامل ، فهى لم تخرج بعد من العصمة .

وقد عارض أصحاب الرأى الأول بأن قوله تعالى " فإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن " فيها أمر بالإنفاق على الحامل ، وهذا الأمر لا ينفى وجوب الإنفاق على غير الحامل ، ولا يوجبه ، فيكون مسكوتاً موقوفاً على قيام الدليل ، وقد قام دليل الوجوب وهو ما بينه أصحاب الرأى ، وقالوا أيضاً أن حديث فاطمة بنت قيس قد رده عمر بن الخطاب قائلاً لا ندع كتاب ربنا ولا سنة نبينا بقول امرأة لا ندرى أصدقت أم كذبت .

اختلف أصحاب الرأى الذى أوجب السكنى للمطلقة بائناً فيما يجب عليها فى هذه السكنى – فقال رأى لا يجب عليها المقام فيه ، وإنما هو حق لها إن شاءت أخذته وإن شاءت تركته . وقال رأى إنه حق الله تعالى فيلزمها

---

[1]) وإلى هذا ذهب الشافعية .

أن تبيت فيه ، ولها أن تخرج فى نهارها فتتصرف فى حوائجها – وهو قول مالك وأصحابه . وهناك رأى يقول ليس لها أن تبيت بعيداً عنه ولا أن تخرج بالنهار منه – وهذا راى من قال لها النفقة والسكنى لأنه لا حاجة بها إلى الخروج ، وقد تقدر لها النفقة – يقول الكاسانى من الأحناف " ولا ينبغى للمطلقة ثلاثاً أو واحدة بائنة أو رجعية أن تخرج من منزلها ليلاً أو نهاراً حتى تنقضى عدتها لقوله تعالى " ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة " واعتبر أبو حنيفة الخروج من البيت هو الفاحشة . وقيل أن يثبت عليها زنا فتخرج لإقامة الحد عليها وبه أخذ أبو يوسف .

الامتناع من الخروج موقوت بالعدة ويفوت بمضى أجلها .

القول الثالث : يقول الحنابلة المعتدة من طلاق بائن – وهى حائل – لا سكنى لها ولا نفقة مستدلين بحديث فاطمة بنت قيس ، فضلاً أنها بالطلاق البائن لم تعد زوجة ، وإنما صارت أجنبية بالنسبة لمن طلقها ولم يبق عليها سوى الإعتداد ، وإذا كانت النفقة فى مقابل التمكن من الاستمتاع ، فإن المطلقة بائناً لا يمكن الاستمتاع بها وقد صارت أجنبية عن المطلق .

ثالثاً : المعتدة من وفاة

اختلف الفقهاء فى شأن استحقاق معتدة الوفاة للنفقة والسكنى :

قال الأحناف : لا سكنى لها ولا نفقة فى مال الزوج المتوفى ، يستوى فى ذلك أن تكون حائلاً أو حاملاً واحتجوا لقولهم هذا بأن النفقة فى باب النكاح لا تجب دفعة واحدة ، وإنما تجب شيئاً فشيئاً على حسب مرور الزمان فإذا مات الزوج انتقل ملك أمواله إلى الورثة ، فلا يجوز أن تجب النفقة والسكنى فى مال الورثة .

وقال المالكية : المتوفى عنها زوجها لها السكنى خاصة – دون النفقة – متى كان المسكن ملكاً للمتوفى أو كان مستأجراً ودفع كراؤه .

والشافعية عندهم فى المسألة قولان أحدهما بعدم وجوب السكنى للمتوفى عنها زوجها وكذلك عدم وجود نفقة لها ، والرأى الآخر يرى الأظهر الوجوب لأن فريعة بنت مالك – أخت أبى سعيد الخدرى – قتل زوجها فسألت النبى صلى الله عليه وسلم أن ترجع إلى أهلها ، فإنه لم يتركها فى مسكن يملكه ، فأذن لها فى الرجوع ، قالت فانصرفت حتى كنت فى الحجرة – أو فى المسجد – دعانى فقال " أمكثى فى بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله " قالت فاعتددت أربعة أشهر وعشرا [1] " هذا فضلاً عن أن السكنى للمعتدة بغير وفاة لصيانة ماء المطلق ، وهذا المعنى موجود بعد الوفاة .

ويرى الحنابلة – أنه لا سكنى ولا نفقة للمعتدة من وفاة إن كانت حائلاً لزوال النكاح بالموت ، وإن كانت حاملاً فلها النفقة والسكنة فى رأى لأنها حامل من المتوفى كما لو طلقها وهو حامل منه . وقيل لا نفقة لها ولا سكنى . فقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لهند امرأة أبى سفيان " خذى من مال أبى سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف " فقد كان غائباً . وقال أبو يوسف لا تسمع الدعوى على الغائب .

هل يجوز للزوجة إبراء زوجها من نفقة العدة قبل طلاقها

الإبراء من نفقة العدة قبل وجوبها لا يصح ، لأن الإبراء إسقاط عن شئ ليس بواجب ، وإذا كان الإبراء إسقاط ، فإن إسقاط ما ليس بواجب ممتنع . وكذلك الحال إذا صالحت الزوج قبل الطلاق على نفقة العدة – وكان ما قدر بالتصالح لا يكفيها ، وطلبت من القاضى الحكم لها بما يكفيها فإن

---

[1]) كفاية الأخيار فى حل غاية الأختصار جزء ٢ ص١٣٢ .

القاضى يفرض لها ما يكفيها لأنها حطت ما ليس بواجب ، والحط قبل الوجوب باطل كالإبراء .

جبر الزوج على أداء النفقة

صدر القانون رقم ٢٠٠٠/٩١ بتعديل بعض أحكام قانون تنظيم أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم ٢٠٠٠/١ . وأضاف بنداً برقم ٩ إلى المادة التاسعة أولاً " المسائل المتعلقة بالولاية على النفس :

بند ٩ – دعاوى الحبس لامتناع المحكوم عليه من تنفيذ أحكام النفقات وما حكمها ويكون الحكم فى ذلك نهائياً "

يلاحظ على هذا البند المضاف أن القاضى الجزئى يختص بثمانى مواد سابقة وحكمه فيها قابل للطعن عليه بالاستئناف . فى البند المضاف والخاص بالنفقة وفيه حبس الزوج ، فإن حكمه يمكون نهائياً .

وأضاف القانون ٢٠٠٠/٩١ مادة برقم ٧٦ مكرراً تنص على أنه :

" إذا امتنع المحكوم عليه عن تنفيذ الحكم النهائى الصادر فى دعاوى النفقات والأجور وما فى حكمها جاز للمحكوم له أن يرفع الأمر إلى المحكمة التى أصدرت الحكم ، أو التى يجرى التنفيذ بدائرتها ، ومتى ثبت لديها أن المحكوم عليه قادر على القيام بأداء ما حكم به وامرأته بالأداء ولم يمتثل حكمت بحبسه مدة لا تزيد على ثلاثين يوماً "

فإذا أدى المحكوم عليه ما حكم به أو أحضر كفيلاً يقبله الصادر لصالحه الحكم ، فإنه يخلى سبيله ، وذلك كله دون إخلال بحق المحكوم له فى التنفيذ بالطرق العادية . "

" ولا يجوز فى الأحوال التى تطبق فيها هذه المادة السير فى الإجراءات المنصوص عليها فى المادة ٢٩٣ من قانون العقوبات ، ما لم يكن المحكوم له قد استنفذ الإجراءات المشار إليها فى الفقرة السابقة "

" وإذا نفذ بالاكراه البدنى على شخص وفقاً لحكم هذه المادة ، ثم حكم عليه بسبب الواقعة ذاتها بعقوبة الحبس طبقاً للمادة ٢٩٣ من قانون العقوبات استنزلت مدة الإكراه البدنى الأولى من مدة الحبس المحكوم بها . فإذا حكم عليه بغرامة خفضت عند التنفيذ بمقدار خمسة جنيهات عن كل يوم من أيام الإكراه البدنى الذى سبق إنفاذه عليه [1] .

***

إنه مما لا شك فيه أن النفقات وما فى حكمها من أجور جديرة بالرعاية ، ويتعين على الملتزم بها أن يؤديها إلى أصحابها ، سواء قبل صدور حكم بها ، أو بعد صدوره ، فقد روعى فيها صلة القرابة بين مستحقيها .ومن هى واجبة عليه ، ومدى الحاجة إليها ، ولذلك لقتضى الأمر للحصول على النفقات – وما فى حكمها – صدور حكم بها ، وأن يدخل الإكراه البدنى على التنفيذ ، إذا اقتضى الأمر ، حتى لا يضار من فرضت النفقة له من مطل من فرضت عليه ، حتى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لهند – امرأة أبى سفيان – خذى من مال أبى سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف . ولو لم تكن النفقة واجبة لمستحقها ، لما أذن الرسول لها أن تأخذ من غير إذن أبى سفيان .

---

[1]) صدر القانون فى ٢٠٠٠/٥/١٨ ويعمل به من تاريخ اليوم التالى لنشره .

ورسول الله صلى الله عليه وسلم أجاب الرجل الذى سأله : ما حق المرأة على زوجها يا رسول الله ؟ قال عليه الصلاة والسلام " يطعمها إذا طعم ، ويكسوها إذا كسى ، ولا يهجرها إلا فى المبيت ، ولا يضر بها ولا يقبح " وللفقهاء فى كيفية وجوب نفقة الزوجة على زوجها أقوال نعرضها لما فى ذلك من الفائدة :

١) قال الأحناف إن نفقة الزوجة على زوجها تجب على وجه لا تصير دينا فى ذمة الزوج إلا بقضاء القاضى أو بتراضى الزوجين فإذا لم يوجد أحد الأمرين تسقط النفقة بمضى الزمان . ويبين الأحناف أن النفقة لا تصير ديناً فى الذمة إلى فى صور ثلاث هى :

الأولى : أن يمضى على النفقة ما دون الشهر – فهى فى هذه الحالة لا تسقط عن الزوج – لأن الزمن اليسير مما لا يمكن الإحتراز عنه ، إذا لو سقطت نفقة الزوجة بمضى الزمن اليسير ، لما تمكنت الزوجة من أخذ نفقتها أصلاً .

الثانى : أن تكون نفقة الزوجة مفروضة بالقضاء ، أو بالتراضى عليها ففى هذه الحالة تتقوى النفقة نوعاً ماء فتصير دينا فى ذمة الزوج ، إلا أنها دين ضعيف فبسقط بالنشوز ، أو بموت أحدهما أو طلاقها – على خلاف فى الطلاق الرجعى وغيره .

الثالث : أن يفرضها القاضى – أو يتراضيا عليها – ويأمرها القاضى ، أو يأمرها الزوج بالاستدانة ، وفى هذه الحالة تكون النفقة ديناً صحيحاً فى ذمة الزوج لا يسقط إلا بالإدلاء أو الإبراء ، لأن الاستدانة بأمر من له ولاية تامة ، كالاستدانة بنفسه ، فلا تسقط بموت أحدهما ، ومثل الموت

الطــلاق فى عدم السقوط ولستدل الأحنــاف لقــولهم الســابق بــالمنقول والمعقول :

المنقول : ما ثبت أن هنداً شكت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم : أن أبا سفيان لا يعطيها كفايتها ، فأباح لها أن تأخذ فى المستقبل قدر الكفاية ، ولم يجوِّزْ لها الأخذ عما مضى من قدر الكفاية .

المعقول : فهو أن النفقة صلة من وجه ، وعوض من وجه ، فمن حيـث إنها لاحتباسها لاستيفاء حقه من الاستمتاع وقضاء الشهوة وإصلاح أمـر المعيشة والاستئناس هى عوض .

٢) قال مالك والشافعي وأحمد فى أظهر الروايتين عنه أن نفقــة الزوجــة تصير ديناً فى الذمة لا تسقط بمضى الزمان مطلقاً كسائر الديون المستقرة فى الذمة .

وحجة هذا الرأى من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول .

أما الكتاب – فقال تعالى " وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف " وكلمة " على " تدل على الإيجاب أة إيجاب الرزق والكسوة مطلقــاً عــن الزمان .

أما السنة – قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " ولهن علــيكم رزقهــن وكسوتهن بالمعروف "

أما الإجماع – ما ثبت أن عمر بن الخطاب كتب إلى امرأة الأجنــاد فــى رجال عابوا عن نسائهم أمرهم أن ينفقوا أو يطلقوا ، فإن طلقوا بعثوا بنفقو ما مضى ولم يخالف عمر فى ضلك أحد .

أما المعقول – فهو أن نفقة الزوجة مال يجب على سبيل البدل فــى عقــد معاوضة فلا تسقط بمضى الزمان كاثمن والأجرة والمهر .

الجنس فى نفقة الزوجة

قلنا أن مالك والشافعى وأحمد فى إحدى روايتين عنه قالوا إن نفقة الزو تصير ديناً ثابتاً فى ذمة الزوج ولا تسقط بمضى الزمان مطلقاً . ويجب الزوج على تسليم النفقة ويحبس عليها ، لأن النفقة قد وجبت على الزو والأصل أن ما وجب على إنسان لا يسقط إلا بالإيصال والإبــراء كســ الواجبات . وسند هذا الرأى قوله تعالى " لينفق ذو سعة من سعته ، ومـ قدر عليه رزقه فلينفق مما أتاه الله " فالإنفاق هنا مطلق عن الوقت .

القائلون إن نفقة الزوجة لا تصير ديناً فى ذمة الزوج إلا بالتراضــى بقضاء القاضى - يقولون أن النفقة تجرى مجرى الصلة إن كانت تشـ الأعواض ، لكنها ليست بعوض حقيقة ، والله عز وجل سماها رزقاً فقـ تعالى " وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالنعروف " والــرزق اسـ الصلة ، والصلات لا تملك بأنفسها بل بقرينة تضم إليها وهى القــبض بقضاء القاضى لأن القاضى له ولاية الإلزام فى الجملة ، أو بالتراضى ولاية الإنسان على نفسه أقوى من ولاية القاضى عليه .

وقضاء القاضى بالنفقة للزوجة كل شهر - أو تراضى الزوجين عليها منعها القاضى قبل ذلك شهراً فلها أن تطالبه بنفقة ما مضى لأن النفقة صارت ديناً بقضاء القاضى أو بالتراضى صارت فى اســتحقاقها كســ الديون . بخلاف نفقة الأقارب .

استدانة النفقة على الزوج

تعرض الأحناف لاستدانة الزوجة النفقة على زوجها باعتبــار أن الــر عندهم أن النفقة لا تصير ديناً على الزوج إلا بقضاء أو رضاء . وقالوا

أ) إذا استدانت الزوجة النفقة على زوجها بغير إذن يصدر لها من القاضى كان لمن استدانت منه أن يرجع عليها خاصة ، وليس له أن يرجع على زوجها بما استدانت .

ب) إذا كانت الاستدانة بأذن القاضى فيكون لها أن تحيل الغريم على الزوج فيطالبة بدين النفقة الذى استدانه منه . وهذه هى فائدة إذن القاضى بالستدانة .

هذا ويلاحظ أن طلب الاستدانة لابد أن يكون وارداً أمام القاضى فى طلبات الزوجة إذ لا يجوز للقاضى أن يقضى للزوجة باستدانتها النفقة على زوجها بدون طلب منها .

ويلاحظ أيضاً أن أصحاب الرأى القائل بأن نفقة الزوجة تصير ديناً ثابتاً فى ذمة الزوج ولا تسقط بمضى الزمان مطلقاً لا يرون حاجة إلى طلب الاستدانة من القاضى .

هل تسقط نفقة الزوجة بعد صيرورتها ديناً فى ذمة الزوج ؟

تسقط نفقة الزوجة على زوجها – قبل صيرورتها ديناً فى الذمة – بمضى الزمان من غير فرض القاضى أو التراضى . وتسقط نفقة الزوجة بعد صيرورتها ديناً فى ذمة الزوج بأحد أمور منها :

١) الإبراء عن النفقة الماضية .

٢) موت أحد الزوجين حتى لو مات الزوج قبل إعطاء النفقة لم يكن للمرأة أن تأخذها من ماله ، ولو ماتت المرأة لم يكن لاورثتها أن يأخذوا ، لأن النفقة عند الأحناف صلة والصلة تبطل بالموت قبل القبض .

الأساس الشرعى للحبس فى النفقات

القاعدة عند الأحناف أن القاضى لا يحبس الزوج فى النفقات إذا علم عجزه وعسرته ، لأن الحبس إنما يكون فى حق من ظهر ظلمه ، ليكون الحبس زاجر له عن الظلم . وعلى هذا الأساس إذا ظهر للقاضى عذر الزوج – لا ظلمه – فلا حبسه ، ولذلك أوجد الأحناف حيلة للزوجة فقالوا " ينظر لها القاضى بأن بأمرها بالإستدانة ، فإذا إستدانت بأمر القاضى كان استدانتها بأمر الزوج فترجع عليه بذلك إذا أيسر " – وقالوا أيضاً " إذا كان القاضى لا يعلم عسر الزوج ، وسألته الزوجة أن يحبس بالنفقة لم يحبسه فى أول مرة ، لأن الحبس عقوبة لا يستوجبها إلا الظالم ، ولم يظهر الزوج وظلمه فى اول مرة فلا يحبسه القاضى ، ولكن يأمره بأن ينفق عليها وخبره أنه يحبسه إن لم يفعل ، فإن عادت إلى القاضى مرتين أو ثلاثاً ، حبسه لظهور مطله بالامتناع عن إيفاء ما هو مستحق عليه فإن علم القاضى أن الزوج محتاج ، خلى سبيله ، لأنه مستحق للنظرة إلى ميسرة بنص الآية الكريمة " فإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة " – وهو ليس بظالم فى المتناع من إيفاء النفقة مع العجز " [١] .

وإستدل الأحناف بقوله صلى الله عليه وسلم " لَيُّ الوَاجِدِ ظلم يُحِلُّ عَرْضَهُ وعُقُوبَتَهُ " [٢] ، وسبب ذلك أن هذا الواجد حال بين صاحب الحَقَ وبين حقه ، مع قدرته إيفاء هذا الحق ، فيجازى بمثله ، وذلك للحيلولة بينه وبين نفسه وتصرفه ، حتى يوفى ما عليه .

شروط التنفيذ بالحبس

---

[١]) المبسوط للسرخسى ، جزء ٥ ، ص١٨٧ .

[٢]) هذا الحديث رواد الخمسة إلا الترمذى (عرضه) أة شكايته ، (وعقوبته) أى حبسه . لىُّ بتشديد الياء مع الفتح – المطل ، (والواجد) الغنى . يحل – بضم الياء – أى يجيز وصفه بكونه ظالماً .

١) أن يكون طالب التنفيذ قد حصل على حكم نهائى فى دعوى النفقة أو ما فى حكمها ، من أجرة الحضانة أو أجرة الالرضاعة أو أجـرة السـكن ، وأجرة الخادم ، ومصاريف العلاج ومصاريف التعليم .

والنفقة فى هذا الخصوص يدخل فيها نفقة الأولاد علـى أبـيهم ، ونفقـة القريب على قريبه .

ولا يسترط أن يكون الحكم الصادر بفرض النفقة أن يكون قد فصل فى كل فروع النفقة إذ يكفى أن يكون الحكم صادراً بطلب واحد منها لنفقة الطعام ، أو الكسوة ، أو السكنى أو أن يصدار الحكم بتقرير أجـرة خـادم ، أو بتقريرل أجرة حضانة أو أجرة رضاع وهكذا .

٢) أن يكون الحكم الصادر بالنفقة نهائياً بطبيعته كأن يكون صـادراً فـى حدود النصاب الانتهائى للمحكمة ، أو يكون نهائياً بانقضاء ميعاد الطعـن به بالطرق العادية .

٣) أن يثبت لدى محكمة الحبس امتناع المكوم عليه من تنفيذ الحكم ، وهذا الشرط ثابت بالنص " إذ امتنع الحكوم عليه من تنفيذ أحكام النفقات وما فى حكمها " .

٤) أن يثبت لدة المحكمة أن المحكوم عليه قادر غعلى القيام بأداء ما حكم به عليه .

هذا ويلاحظ أن الإثبات فى دعوى الحبس قائم بذاتـه ، ومنفصـل عـن الإثبات الذى تم أمام المحكمة التى أصدر الحكم بالنفقة موضـوع دعـوى الحبس ، فقد نصت المادة ٦ مكرراً " ومتى ثبت لديها أن المحكوم عليـه قادر على القيام باداء ما حكم به " وهذا يقتضى أن يثبت – قبـل الحكـم بالحبس – لدى محكمة الحبس دليل يسار المحكوم عليه فلا يكـون حكـم

النفقة – بذاته – دليلاً على اليسار ، وإن كان يعتبر قرينة على اليسار – إذا لم يطلب المحكوم عليه إثبات إعساره ...

السبب فى اشتراط يسار المحكوم عليه بالنفقة فى دعوى الحبس أن اليسار وكذلك العسر لا يثبت على الدوام ، وإنما يتغير الأمر فيهما بحسب الظروف الاجتماعية ولذلك ، فإن أحكام النفقات تحوز حجية مؤقتة ، وهذا يقتضى تحقيق دفاع المطلوب حبسه فى النفقات – باعتبار أن دفاعه هذا دفاعاً جوهرياً .

شهادة الاستكشاف تكفى لاظهار اليسار امام القاضى – سواء قاضى النفقة أو قاضى الحبس لأنها شهادة على حال المشهود عليه يسراً أو عسراً . والأحناف يحبسون من أشكل أمره – فى العسر واليسر – اختباراً لحاله ، فإن ظهر حاله حكم عليه بموجبه عسراً أو يسراً ، فقالوا إن المديون إذا أقام البينة على الإعسار ، وأقام الطالب على اليسار فبينة الطالب أولى ، ولا حاجة إلى بيان ما يثبت به اليسار . وورد عن الأحناف أيضاً . – أنه لم يخبر أحد عن حال المدين ، ولكنه قال أنا معسر ، وقال رب الدين إنه موسر ، لا يصدق المدين فى أنه معسر فى كل ما هو بدل مال ، وكذا فى كل دين وجب بعقد والتزامه (١) .

هذا ومما تجدر الإشارة إليه أن اشتراط ثبوت قدرة المحكوم عليه بالنفقة أو يساره – لا يتخذ سبباً لزيادة المطل من جانبه ، وإنما يتعين على قاضى الحبس أن يكون بصيراً خبيراً بطباع الناس فى زمانه – فلا يدع المماطل يزيد مطلاً ولا يدع المحكوم له بالنفقة يتضور جوعاً ، وإنما يتعين أن

---

(١) معين الحكام ، ص١٩٨ .

يكون أمر الإثبات جاداً لا يظلم فيه صاحب النفقة ولا يضيع فيه المحكـــوم عليه .

٥) أن تأمر المحكمة – محكمة الحبس – المحكوم عليه بأداء ما حكم به – إن كان حاضر أو المحكوم له بها ، ويقولون بأن القاضى يأمره بأن ينفق ويخبره بأنه سيحبسه إن لم يفعل .

إذا أمر القاضى المحكموم عليه بالنفقة – أو ما فى حكمها – بأداء ما هــو محكوم به ، فإن الأمر لا يخلو من :

أ) أن يسدد المحكوم عليه بالجلسة وفى هذه الحالة تنقضى دعوى الحبس .

ب) أن يطلب أجلاً للسداد وفى هذه الحالة يقدر القاضى هذا الطلـــب فـــإن رأى جديته كان إعطاء الأجل أيسر حتى تصل النفقة إلى مستحقها ، بشرط ألا يكون الأجل فيه مضيعة للوقت على مستحق النفقة .

ج) أن يصر المحكوم عليه على عدم الأداء أو يسكت دون أن يجيب بشئ ، ففى هذه الحالة يعتبر الزوج مماطلاً فى التنفيذ بدون عذر مقبول ومفوتاً على المحكوم له بالنفقة حقه ، ويتعين الحكم عليه فى الحال دون إمهال أو ضرب أجل .

الحكم بالحبس فى دعوى الحبس لا يتجاوز ثلاثين يوماً – وإنما يجوز أن يكون أقل من ذلك ، وسبب ذلك أن الحبس بسبب الامتناع عن دفع النفقات ونحوها ليس عوضاً عن المبلغ المحكوم به ، وإنما جعل الحـــبس للحمـــل على التسديد والردع عن المطل ، ولا يلزم قياس مدة الحبس بمقدار النبلغ النقضى به ، بل للقاضى حبس المماكل المدة التى يراها كافية لحمله على الامتناع لما أمر به من أداء الحكوم به .

إذا صدر حكم بحبس المحكوم عليه بالنفقة – أو ما فى حكمها – فإنه يجوز له رغم حكم الحبس أن يؤدى ما حكم به من النفقة ، أن يحضر كفيلاً يقبله الصادر لصالحه الحكم – فى هذه الحالة يخلى سبيله .

إذا صدر حكم بحبس المحكوم عليه بالنفقة وحبس فعلاً ، فإن هذه العقوبة لا تمنع المحكوم له من التنفيذ عليه بالطرق العادية – أى بطريق آخر غير دعوى الحبس لأن الحبس ليس عوضاً عن المبلغ المحكوم به .

" إذا أحضر كفيلاً يقبله الصادر لصالحه الحكم " ، هذا النص لم يجعل قبول الكفيل الذى يقدمه المحكوم عليه بالنفقة – أو ما فى حكمها – متروكاً لمطلق تقدير المحكوم له بالنفقة ، وإنما يخضع تقدير هذا للسلطة التقديرية لقاضى دعوى الحبس فإذا رأى هو أن الكفيل موسر قبله – ولو رفضه المحكوم له بالنفقة – حتى لا تكون دعوى الحبس وسيلة للنكاية بالمحكوم عليه .

أمر المحكوم عليه بأداء ما حكم به من نفقة وما حكمها

اشترط نص المادة ٧٦ مكرراً أن يثبت أولاً أمام محكمة الحبس قدرة المحكوم عليه القيام بأداء ما حكم به عليه ، فإذا ثبتت قدرته أمرته المحكمة بالأداء ، حتى يكون هذا الأمر مصادفاً لحقيقة ثابتة هى قدرة المحكوم عليه الآداء ، فإذا لم يكن قادراً ، فإن القاضى لا يأمره بالآداء وبالتالى لا يحبسه ، لأن الحبس عقوبة لا يستحقها إلا الظالم ، ولم يظهر المحكوم عليه ، وإنما الثابت عدم قدرته .

إذا لم يكن المحكوم عليه حاضراً بالجلسة ، فإن قرار المحكمة بأمره بالآداء ، يعلن إليه بمعرفة الكتاب ، باعتبار أن هذا الأمر صادر من

المحكمة طبقاً للنص المشار إليه ، لا بناء على طلب مدعى الحبس ، ويجوز للمحكمة أن تكلف الأخير بذلك .

أمر المحكوم عليه بأداء ما حكم به ، إما أن يحدد به ميعاد الأداء وأما أنم يكون الأمر خالياً من الأجل لإستعداد المدعى عليه الحاضر بالجلسة للآداء بالجلسة أو بجلسة تالية يطلبها ، أو يقدم كفيلاً أمام المحكمة ، لأن النص أجاز ذلك له لكى يخلى سبيله إذا صدر حكم بحبسه ، فيكون له ذلك من باب أولى أمام المحكمة سواء أمرته بالآداء أو لم تأمره به .

المحكمة المختصة بنظر دعوى الحبس

تختص المحكمة التى أصدرت الحكم بفرض النفقة أو ما فى حكمها بنظر دعوى الحبس . وتختص أيضاً بنظر هذه الدعوى التى يجرى تنفيذ الحكم بدائرتها .

التنفيذ طبقاً للمادة ٢٩٣ من قانون العقوبات

منع نص المادة ٧٦ مكرراً المحكوم له بنفقة أو ما فى حكمها أن يسير فى الإجراءات المنصوص عليها فى المادة ٢٩٣ من قانون العقوبات فى الأحوال التى تطبق فيها المادة ٧٦ مكرراً ولذلك يتعين على المحكوم له أن يتبع الخطوات السابقة والمنصوص عليها فى الفقرة الأولى أولاً ، فإذا إستنفذ إجراءات هذه الفقرة دون يحصل على النفقة المحكوم بها كان له أن يلجأ إلى نص المادة ٢٩٣ عقوبات .

تعرضت المادة ٢٩٢ من قانون العقوبات لامتناع المحكوم عليه من دفع النفقة المحكوم بها لزوجته أو أقاربه أو أصهاره أو أجره حضانة أو رضاعة أو مسكن ، وامتنع عن الدفع مع قدرته ، فوضعت لذلك عقوبة إذ نصت على أن " كل من صدر عليه حكم قضائى واجب النفاذ بدفع نفقة

لزوجته أو أقاربه أو أصهاره أو أجره حضانة أو رضاعة أو مسكن وامتنع عن الدفع مع قدرته عليه مدة ثلاثة شهور بعد التنبيه عليه بالدفع يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة تتجاوز خمسمائة جنية مصرى أو بإحدى هاتين العقوبتين ، ولا ترفع الدعوى عليه إلا بناء على شكوى من صاحب الشأن ، وإذا رفعت بعد الحكم عليه دعوى ثانية عن هذه الجريمة فتكون عقوبته الحبس مدة لا تزيد على سنة وفى جميع الأحوال إذا أدى المحكوم عليه ما تجمد فى ذمته أو قدم كفيلاً يقبله صابح الشأن فلا تنفذ العقوبة "

إن نص المادة ٧٦ مكرراً وضع شرطاً لتطبيق المادة السابقة هو أن يكون طالب التنفيذ قد استنفذ الإجراءات المشار إليها بالفقرة الأونلى من المادة ٧٦ مكرراً ، وبذلك وضع النص قيداً على استعمال الدعوى الجنائية فى تنفيذ الحكم الصادر بالنفقة وما حكمها ، بالإضافة إلى الشروط الواردة بالمادة ٢٩٣ عقوبات .

الفقرة الأخيرة من المادة ٧٦ مكرراً إفترضت أن محكوماً عليه بالنفقة حكم عليه فى دعوى الحبس ، يحبسه ، ثم لجأ المكوم له بالنفقة إلى المحكمة الجنائية طبقاً لنص المادة ٢٩٣ عقوبات ، وقضى عليه أيضاً بالحبس لذات الجريمة ، وهى " الامتناع عن تنفيذ الحكم النهائى الصادر فى دعوى النفقة " ، وإنه إذاء التعارض بين الحكمين بالحبس ، بين النص أن مدة الإكراه البدنى المقضى بها فى دعوى الحبس يستنزل ما تم تنفيذه منها ، من مدة الحبس المقضى بها فى الدعوى الجنائية ، أما إذا حكم عليه فى الدعوى الأخيرة بالغرامة ، فإن هذه الغرامة تخفض عند التنفيذ بمقدار خمسة جنيهات عن كل يوم من أيام الإكراه البدنى الذى سبق إنفاذه عليه .

مادة ٧٧ : فى حالة التزاحم بين الديون تكون الأولوية لدين نفقة الزوجة أو المطلقة فنفقة الأولاد فنفقة الوالدين . فنفقة الأقارب ثم الديون الأخرى .

مادة ٧٨ : لا يترتب على الإشكال فى تنفيذ أحكام النفقة المشار إليها فى المادة السابقة وقف إجراءات التنفيذ .

***

النفقة فى النكاح الفاسد والوطء بشبهة

قال الشافعية – لا نفقة فى نكاح فاسد ولا وطؤ بشبهة ولا فى عدتها – غير أنه إذا حملت المرأة من الرجل – ففى وجوب نفقتها خلاف :

قال رأى لا تجب للحامل من النكاح الفاسد أو وطء بشبهة نفقة لعدم سبق العقد الصحيح .

وقال رأى – على القديم فى المذهب – تجب النفقة للحامل من النكاح الفاسد ووطء الشبهة ، لأن الحمل منسوب إليه ، كالحمل من النكاح الصحيح .

وذهب الأحناف إلى أنه لا نفقة فى النكاح الفاسد أو الوطء بشبهة وعدتهما . وقالوا إن معتدة النكاح الفاسد أو وطء بشبهة إن كانت مزوجة فلا نفقة لها على زوجها أيضاً ، فقد جاء فى رد المحتار عن الخانية " غاب عنها زوجها ، فتزوجت بآخر ودخل بها ، وفرق بينهما بعد عود الزوج الأول فلا نفقة لها فى عدتها ، لا على الأول ولا على الثانى .

وذهب المالكية إلى أن الوطء بشبهة – إذا كانت لا زوج لها ، فإن حملت من الوطء فلها على الواطئ النفقة والسكنى وإن لم تحمل فالسكنى عليه والنفقة عليها .

أما إذا كانت ذات زوج فإن المالكية يفرقون بين حالتين :

أ) إذا لم يكن زوجها قد دخل بها – فإن حملت من الواطئ كانـت نفقتهـا وسكناها عليه . وإن لم تحمل فعليه السكنى فقط أما النفقة فعى عليهـا لا على الواطئ على الصحيح فى المذهب .

ب) إذا كان زوج الموطوءة بشبهة قد دخل بها ، فنفقتها وسـكناها علـى زوجها ، حملت من الواطئ أم لا ، إلا أن ينفى الزوج حملها بلعان ، فـلا نفقة لها عليه ، ولها السكنى على زوجها ، ما لم ينفه هة الآخر بلعـان ، فإن نفاه فعليه السكنى دون النفقة .

هذا ويلاحظ أن شرط وجوب النفقة فى المسائل السابقة أن يكون الـواطئ والموطوءة جاهلين بالحرمة ، فإن علم الواطئ بالحرمة ولم تعلم الموطوءة عليه النفقة لأن الولد ليس لاحقاً به ، لزناه ، لكن عليه السكنى لاحتباسـها بسببه ، فإن علمت الحرمة أيضاً فلا سكنى لها عليه لزناها .

وكل ما قيل فى الوطء بشبهة يقال فى النكاح الفاسد الذى يدرأ الحد .

ما هو الحكم إذا انفق الرجل فى النكاح الفاسد أو الوطء بشبهة

قال الشافعية والحنابلة ليس له أن عليها بشئ .

وقال المالكية له أن يرجع بما أنفق .

وذهب الأحناف إلى أنه إذا أنفق بفرض القاضى يكون له أن يرجع – وإلا فلا رجوع لأنه يعتبر متبرعاً .

الفصل الخامس

الطلاق وإرضاع الصغير

الرضاع هو وصول لبن المرأة إلى جوف الطفل بالتقامه ثديها وامتصاصه اللبن منه ، أو ما يقوم مقامه بشروط معينه . وقد نص القرآن الكريم على الرضاع باعتباره قوتاً ، وباعتباره سبباً من أسباب تحريم النكاح تحريماً مؤبداً . فقال تعالى : " والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة ، وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس إلا وسعها ، ولا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده ، وعلى الوارث مثل ذلك ، فإن أرادا فصالاً عن تراض منهما وتشاور فلا جناح عليهما ، وإن أردتم أن تسترضعوا أولادكم فلا جناح عليكم إذا سلمتم ما آتيتم بالمعروف واتقوا الله واعلموا أن الله بما تعملون بصير " (١)

وقال تعالى " فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن ، وأتمروا بينكم بمعروف وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى " (٢)

وقال تعالى فى اعتبار الرضاع سبباً من أسباب التحريم المؤبد فى الزواج " حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخت وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة ... " (٣) .

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم " يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب " وروى الحديث بأن الرضاعة تحرم ما يحرم من الولادة . كما يسن رسول الله صلى الله عليه وسلم " أن كل ما يحرم من النسب ، فمثله يحرم من الرضاع "

---

(١) سورة البقرة – ٢٣٣ .
(٢) سورة الطلاق .
(٣) سورة النساء – ٢٣ .

تعريف الرضاع

عرف الأحناف الرضاع بانه " مص لبن آدمية فلاى وقت مخصوص "

وعرفه المالكية بأنه " ويول لبن المرأة – وإن كانت ميتة أو صغيرة لم تطق – لجوف رضيع ، وإن بسعوط ، أو حقنة تغذى أو خلط بغيره ، إلا أن يغلب عليه فى الحولين ، أو بزيادة شهرين إلا أن يستغنى ولو فيها .

وعرفه الشافعية بأنه اسم لحصول لبن امرأة – أو ما حصل منه – فى معدة طفل أو دماغه .

وعرفه الحنابلة بأنه : مص لبن من له دون حولين لبناً ، أو شربه ، كالسعوط ثاب من حمل من ثدى امرأة .

الحق فى الرضاع

الفقهاء على أن إرضاع الأم ولدها ، حق لها لا يجوز منعها منه ، وهو واجب عليها إذا تعينت فلا يجوز أن تمتنع من القيام به .

والرضاع حق للصغير بحكم الشرع يجب إيصاله إليه من جهة من وجب عليه هذا الحق ، سواء أثناء قيام الزوجية أو بعد الفرقة بين الزوجين . وقال تعالى " فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن " بمعنى أن الأم المطلقة إذا أرضعت ولدها بعد الطلاق كان لها الأجر . وقد تناول الفقهاء هذا الموضوع بالبحث .

قال الأحناف إن إرضاع الأم ولدها واجب عليها ديانة لقوله تعالى " والوالدات يرضعن أولادهن ... " إلا أن الأم لا تجبر على إرضاع ولدها حال قيام النكاح ولا بعد الفرقة – إلا إذا تعينت لذلك فتجبر عليه . يقول صاحب الدر المختار " وليس على أمه التى فى النكاح الأب أو المطلقة إرضاعه قضاء بل ديانة إلا إذا تعينت بأن لم يجد الأب من ترضعه أو كان

الولد لا يأخذ ثدى غيرها ، أو لم يكن للأب ولا للولد مال ، فتجبر على إرضاعه "

وعند المالكية – يجب على الأم المتزوجة بأبى الرضيع أو الرجعية – أى المطلقة رجعياً – إرضاع ولدها من الأب صاحب العصمة ، أو المطلق رجعياً ، ويكون الإرضاع بنفسها ، أو تستأجر لإرضاعه إن لم يكن لها لبن ، ولا يكون لها أجر على هذا الإرضاع تأخذه من الأب . واستثنى المالكية من هذا الوجوب الزوجة التى لا ترضع – بأن كانت من إشراف الناس الذين لا يرضعون أولادهم فلا يلزمها رضاعة ، أو كانت مريضة ، بشرط أن يقبل ولدها الرضيع ثدى امرأة غيرها . فإن أجبرت على الإرضاع رغم ذلك كان لها الأجر – رغم وجودها فى عصمة والد الرضيع أو فى عدته الرجعية – من مال الصغير إن كان له مال ، فإن لم يكن للرضيع مال فمن مال أبيه متى كان مليئاً ، فإن لم يكن مال وجب عليها الإرضاع بنفسها مجاناً .

إذا وجب على الأم إرضاع ولدها – فى حال عدم وجود مال للأب أو موته وكان الرضيع لا مال له أيضاً . كان على الأم أن ترضع بنفسها أو تستأجر من ترضع بدلاً منها ، ويستوى هنا أن تكون أم الرضيع فى عصمة الأب أو فى عدته الرجعية ، ما دامت لا لبن لها ، وليس لها الرجوع على الأب بالأجرة ، كما أنه لا رجوع على الصغير إذا أيسر .

والمطلقة بائناً لا يلزمها إرضاع ولدها من مطلقها إلا إذا تعينت هى للإرضاع ، ولها الأجر سواء فى مال الرضيع – إن كان له مال – أو فى مال أبيه . وإذا كان كل منهما لا مال له وجب عليها الإرضاع بنفسها أو

تستأجر من ترضع نيابة عنها – إذا لم يكن بها لبن – ولا رجوع لها بأجر إذا أيسر الأب أو الرضيع .

هذا ويلاحظ أن الإرضاع حق الأم ، لها أن تتمسك به ، ولا تحرم منه إلا لسبب ، وعند المالكية إذا قال الأب للأم المرضع – التى لا يلزمها إرضاع ولدها – عندى من ترضع الولد مجاناً أو بأجرة أقل مما تطلبين ، وقالت الأم أنا أرضعه وآخذ أجر أمثالى كان القول قولها – اتفاقاً . لأنها الأم ، وهى أقدر على التفاهم بينها وبين رضيعها . أما إذا قال الأب للأم عندى من ترضع مجاناً ، وقالت الأم أنا أرضعه وآخذ أجر أمثالى ، قيل يجاب الأب إلى دعواه ، وقيل تجاب الأم إلى طلبها وهو الراجح . وكذا إذا وجد الأب من ترضعه عنده لأن الأم هنا لا يلزمها الإرضاع (١) .

ويرى الشافعية أن على الأم إرضاع ولدها اللبن النازل أول الولادة ويسمونه " اللبأ " وبعد إرضاع هذا اللبأ يجب عليها الرضاع إبقاءاً للولد ، إذا لم يوجد غيرها ، وهذا الوجوب ينتفى إذا وجدت أجنبية ترضع الصغير ، ومن ثم لا تجبر الأم على الإرضاع ، وإن كان الزواج قائماً بينها وبين أب الرضيع . والشافعية يقولون إن أب الصغير له أن يمنع زوجته من إرضاع ولدها ، لأن له الاستمتاع بزوجته فى الأوقات المصروفة إلى الرضاع . ومن هذا المنطلق يرون أن إرضاع الصغير ليس حقاً لأمه ، ولا واجباً عليها إلا أنها تكون أحق بالإرضاع من غيرها إذا رضى الأب بالإرضاع وتبرعت به ، أو طلبت أجر المثل على إرضاع الصغير ، ولم يكن هناك متبرعة . يقول الشيرازى فى المهذب " وإن أرادت – أى الأم – إرضاعه كُرِهَ للزوج منعها لأن لبنها أوفق له – أى للصغير – وإن منعها

---

(١) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير للدردير جزء ٢ ص٥٢٥ .

منه – من الإرضاع – كان له ذلك ، لأنه يستحق الاستمتاع بها فى كل وقت ، إلا فى وقت العبادة ، فلا يجوز لها تفويته بالرضاع ، فإن طلبت أجر المثل على الرضاع ، ولم يكن للأب من يرضع بدون أجر كانت الأم أحق به .

والحنابلة لهم فى شأن إرضاع الصغير تفصيل ، فإرضاع الصغير يتحمله الأب وحده ، وليس له إجبار أم الصغير على إرضاعه سواء كانت الزوجية قائمة أو كانت الزوجة مطلقة . وإذا اضطرت الأم إلى إرضاع ولدها لعدم وجود سواها ، أو أن الولد لا يأخذ ثدى غيرها ، فإن إرضاعها له واجب عليها . وعليها أن ترضع صغيرها اللبأ عند ولادته لتضرره بعدم إرضاعه له . والأم أحق برضاع ولدها ولو وجد الأب متبرعة ، وإن طلبت أجر مثلها كان لها ذلك .

والذى نراه راجحاً أن على الأم إرضاع ولدها حال قيام الزوجية وبعد الفراق بينهما وتجبر على ذلك إلا إذا كان بها ما يمنعها من الإرضاع فى رأى المتخصصين .

الطلاق وأجر الإرضاع

قد يقع طلاق الزوج لزوجته وهى تقوم بإرضاع صغيرها ، فهل لها على الأب المطلق أجر إرضاع هذا الصغير .

من المقرر أن الأم لا تستحق أجر إرضاع صغيرها متى كانت الحياة الزوجية قائمة بينهما وبين والد هذا الصغير ، وكذلك إذا كانت معتدته من طلاق رجعى لأنها فى هذا الطلاق تكون زوجة حكماً فى خلال أجل عدتها . وخلاصة آراء الفقهاء على النحو التالى :

١) لا تستحق الأم أجر إرضاع صغيرها من مطلقها إذا كانت معتدته من طلاق رجعى ، لأنها تستحق على مطلقها نفقة والزوجية قائمة ، وإرضاع الأم ولدها فى حال قيام الزوجية حقيقة – قبل الطلاق الرجعى – وحكماً بعده يستويا فى عدم استحقاق الأجر ، لأن الإرضاع يقع عليها ديانة فى قول الله عز وجل " والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة " من أجل ذلك أوجب المالكية على الأم سواء كانت زوجة أو معتدة من طلاق رجعى أن ترضع ولدها من الزوج المطلق قضاء ، فإذا امتنعت بدون وجه حق أجبرها القاضى على إرضاعه إلا إذا وجد لديها مبرر يقضى بغير ذلك . وذهب الأحناف إلى أن الأم وإن كان عليها ديانة إرضاع ولدها ، إلا أنها إذا امتنعت – وكانت قادرة على الإرضاع – فإن القاضى لا يجبرها إلا إذا تعينت بفقر الأب والابن ، وعدم وجود مرضع أو امتناع الرضيع عن أخذ ثدى غير أمه .

ويرى الفقهاء أن الأب لا يستأجر أم الرضيع لو كانت زوجة لأن الله أوجب عليها الإرضاع ، وقيده برزقها " وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف " فلا يكون لها أجر إرضاع .

٢) الإرضاع بعد انتهاء الزوجية وانقضاء العدة ، أو فى عدة الوفاة تستحق الأم الأجر على الإرضاع لقوله تعالى " فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن " فأجر الإرضاع فى هذه الحالة واجب على الأب لأن الأم لا نفقة لها على الأب بسبب انفصام العلاقة الزوجية وانقطاع آثارها بانقضاء العدة أو الوفاة ، وفى إلزامها بالإرضاع دون أجر لا يجوز .

٣) الإرضاع فى عدة الطلاق البائن . يرى المالكية وجوب الأجر للأم على الأب إذا أرضعت ولده وهى فى عدتها من طلاقه البائن عملاً بقوله

تعالى " فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن " . وعند الأحناف قولان أحدهما أنها لا تستحق أجراً على الإرضاع لأن النفقة واجبة لها وهى فى العدة من طلاق بائن ، ما دامت فى العدة فلا تستحق أجر إرضاع على والد الصغير ، والقول الثانى يرى وجوب اجر الإرضاع لأن الطلاق البائن فصم عرى الزوجية ، فتصبح أجنبية وتستحق أجر الإرضاع .

الطلاق وأثره على لبن المطلقة

الرضاع فى الإسلام سبب للتحريم المؤبد ، فالرضيع ابن من أرضعته ، وأخ لمن رضع معه ، ورسول الإسلام عليه صلاة الله وتسليماته يقول " يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب " فالرضاع يوسع دائرة التحريم المؤبد . والرضاع المحرم لا يكون إلا بلبن المرأة . ولذلك يتعين متابعة هذا اللبن وآثار إرضاعه بعد الطلاق حتى نكون على بينة من الحل والحرمة .

١) إذا طلق الرجل امرأته – وكانت ذات لبن من ولدته من هذا المطلق وانقضت عدتها ، وتزوجت بزوج آخر – وهى ذات لبن ، وأرضعت طفلاً عند زوجها الثانى . فهل اللبن الذى أرضعت منه هو لبن لمطلقها أو هو لبن للزوج الثانى ، وللإجابة على هذا التساؤل ينظر إذا كانت المرأة قد أرضعت قبل أن تحمل من الزوج الثانى فالرضاع – بالإجماع – يكون من المطلق . وسبب ذلك أن اللبن نزل من الأول (المطلق) فلا يرتفع حكمه بارتفاع النكاح بالطلاق . كما لا يرتفع بالموت . كما أنه إذا حلب من هذه المرأة لبناً ثم ماتت ورضعه صغير لا يبطل حكم الرضاع – وكذا الحال التى نحن بصددها .

٢) إذا أرضعت المطلقة بعدما وضعت من زوجها الثانى فإن اللبن والرضاع يكون من الزوج الثانى وليس من المطلق وهذا بالإجماع وسبب ذلك أنها لما ولدت من الزوج الثانى كان هو سبب اللبن ظاهراً .

٣) إذا أرضعت المطلقة بعد حملها من الزوج الثانى – وقبل أن تضع مولودها – قال أبو حنيفة إن الرضاع يكون من لبن المطلق إلى أن تضع وسبب ذلك عنده أن نزول اللبن كان بسبب من المطلق بيقين ، لأن الولادة هى سبب لنزول اللبن بيقين عادة ، فكان حكم الأول ثابتاً بيقين ، فلا يبطل حكمه ما لم يوجد سبب آخر مثله بيقين وهو ولادة أخرى – لا مجرد الحمل – لأن الحامل قد ينزل لها لبن بسبب الحمل وقد لا ينزل حتى تضع ، والثابت بيقين – وهو الولادة وهى سبب لنزول اللبن ، لا يزول بالشك .

قال أبو يوسف إن علم أن هذا اللبن من الزوج الثانى ، بأن ازداد لبنها فلبن الرضاع يكون من الزوج الثانى وليس من المطلق ، وإن لم يعلم ذلك فلبن الرضاع يكون من المطلق . ووجه هذا القول أن الحامل قد ينزل لها لبن ، فلما ازداد لبنها عند الحمل فقد دل ذلك على أن الزيادة فى اللبن من الحمل الثانى ، إذ لو لم يكن لكان اللبن لا يزداد ، بل ينقص ، إذ العادة أن اللبن ينقص بمضى الزمان ولا يزداد ، فكانت الزيادة دليلاً على أنها بسبب الحمل الثانى ، وكان اللبن لبنه وليس لبن المطلق .

وهناك رأى يقول به الحسن بن زياد إن المرأة المطلقة ذات اللبن – إذا حبلت من زوجها الثانى ينقطع اللبن الأول ، ويحدث عندها لبن آخر ، ولذلك كان اللبن الموجود عندها بعد الحمل للزوج الثانى فكان الرضاع منه لا من الأول .

وهناك رأى بأنه من الممكن أن يجتمع لبنان فى ثدى واحد ، لأن لبن المطلق الأول باق ، والحمل سبب زيادة اللبن ، فإذا أرضعت هذه المرأة بعد زواجها من الثاني وحملت – قبل أن تلد – كان الرضاع بلبن المطلق ولبن الزوج الأول ، فتثبت الحرمة بهما .

لبن الفحل

يقصد بالفحل هنا – الرجل المتزوج بالمرأة المرضعة إذا كان لبنها منه . والمقرر لدى جمهور الصحابة والتبعين وأئمة الاجتهاد أن اللبن للفحل هو الذى يتعلق به التحريم – أى أنه حق للرجل ، وقد حدث بسببه ، ولا تنقطع نسبة اللبن عن زوج مات أو طلق ، فبه يصبح زوج المرضع أبا للرضيع ، وتصبح المرضع به أيضاً أماً للرضيع ، ويحرم الطفل على الرجل وأقاربه كما يحرم ولده من النسب ويصير أولاد الزوج كلهم أخوه الرضيع سواء كانوا من تلك الزوجة المكرضع أم من زوجة خرى غيرها .

ذهب أبو حنيفة ومالك والشافعى وأصحابهم إلى التحريم بلبن الفحل ، وتسمية اللبن بلبن الفحل هى تسمية مجازية لكون الرجل سبباً فيه .

هناك رأى ذهب إلى أن لبن الفحل لا يحرم شيئاً ، وليس بشئ .

شروط الرضاع المحرِّم

اشترط جدمهور انلفقهاء فى الرضاع المحرِّم أن يكون فى حال الصغر ، وسندهم فى ذلك :

١) قال تعالى " والوالدات يرضعن أولادهم حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة " فقد جعل سبحلنه وتعالى تمام الرضاع فى الحولين ، ثم قال تعالى " وفصاله فى عامين " أة فطامه ، فدل ذلك على أن أكثر مدة الرضاع المعتبر شرعاً سنتان .

٢) خبر " لا رضاع إلا ما كان فى الحولين .

٣) خبر " لا رضاع بعد فصال ، ولا يُتْمَ بعد لحتلام .

٤) روى عن على رضى الله عنه أنه قال " لا يحرم من الرضاع إلا ما كان فى الحولين "

٥) وروى عن ابن عباس " لا رضاع إلا ما كان فى الحولين "

مقتضى الأخبار السابقة أن الرضاع فى الحولية يُحَرِّمُ ، وبعد الحولين لا يحرِّمُ .

أضاف الإمام مالك مدة شهري على الحولين مبيناً أن الطفل قد يحتاج إلى هذه المدة لتحويل غذائه إلى طعام . لكن إن فطم الولد عن اللبن ، واستغنى بالطعام استغناءً بيِّناً ولو فى الحولين ، أو لم يوجد له مرضع فى الحولين ، فاستغنى بالطعام أكثر من يومين وما أشبههما ، فأرضعته امرأة فلا يحرم لأن حديث " فإنما الرضاعة من المجاعة " يدل على أن الطفل غير مفطوم ، فإن فطم فى بعض الحولين ، لم يكن الرضاع من المجاعة .

وأضاف الإمام أبو حنيفة مدة نصف سنة على الحولين ، فتكون مدة الرضاع عنده ثلاثون شهراً ، لاحتياج الطفل إلى هذه المدة للتدرج من اللبن إلى الطعام المعتاد ، لكن إن استغنى بالفطام عن اللبن استغناء تاماً ، لم يكن رضاعاً ، لأنه لارضاع بعد الفطام .

مقدار الرضاع المحرِّم

قال الإمام مالك فى موطئه : الرضاعة ، قليلها وكثيرها – إذا كان فى الحولين – تُحَرِّمُ . فأما ما كان بعد الحولين ، فإن قليله وكثيره لا يحرم شيئاً ، وإنما هو بمنزلة الطعام . وإلى هذا ذهب الأحناف .

وسند المالكية والحنفية فى ذلك :

١) عموم قوله تعالى " وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم " فإن الله تعالى علق التحريم بالارضاع من غير تقدير معين ، فيعمل بالنص على إطلاقه دون التعرض لزمان الإرضاع .

٢) حديث رسول الله تعالى صلى الله عليه وسلم " يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب " هذا الحديث ربط أيضاً التحريم بمجرد الرضاع ويؤكد هذا ما روى عن على وابن مسعود وابن عباس – رضى الله عنهم أنهم قالوا " قليل الرضاع وكثيره سواء "

٣) إن الرضاع فعل يتعلق به التحريم ، فيستوى قليله وكثرعه ، لأن الشارع أناط الحكم بالحقيقة مجردة عن شرط التكرار أو الكثرة ، والحقيقة هى فعل الرضاع ، كما أن جزئية الرضيع من المرضعة تتحقق بالقليل والكثير من الرضاع . وقد روى عن ابن عمر أنه قال " الرضعة الواحدة تحرم " وروى فى هذا الخصوص أنه لما بلغه أن عبد الله بن الزبير يقول " لا تحرم الرضعة والرضعتانم " فقال " قضاء الله خير من قضاء ابن الزبير وتلا قوله تعالى " وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم " كما روى أنه لما بلغه أن عائشة رضى الله عنها تقول " لا تحرم المصة والمصتان " فقال حكم الله تعالى أولى وخير من حكمها "

الإمام الشافعى يقول لا يحرم إلا خمس رضعات متفرقات ، فقد روى عن عائشة رضى الله عنها " أن قليل الرضاع لا يحرم "

واحتج الشافعى بما روى عن عائشة أنها قالت " كان فيما نزل عشر رضعات يحرمن ثم صرن إلى خمس " فتوفى النبى صلى الله عليه وسلم وهو فيما يقرأ . كما روى عن النبى أنه قال " لا تحرم المصة والمصتان

ولا الإفلاجتان " لأن الحرمة بالرضاع لكونه منبتاً للحم ومنشرا للعظم ، وهذا المعنى لا يحصل بالقليل منه ، فلا يكون القليل محرما .

مدة الرضاع المحرِّم

قال الإمام أبو حنيفة هى ثلاثون شهر ، ولا يحرم بعد ذلك سواء فُطِم أو لم يفطم .

واستدل أبو حنيفة بما يأتى :

١) قال تعالى " وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة " هذه أثبتت الحرمة بالرضاع مطلقاً عن التعرض لزمان الإرضاع ، إلا أنه قام الدليل على أن زمان ما بعد الثلاثين شهراً ليس بمراد فيعمل بإطلاق النص

٢) قال تعالى " فإن أرادا فصالا عن تراض منهما وتشاور " فأثبت سبحانه للزوجين إرادة الفصال بعد الحولين لأن الفاء للتعقيب ، فيقضى بقاء الرضاع بعد الحولين ، ليتحقق الفصال بعدهما ، كما أن ثبوت إرادة الفصال لهما مطلقاً عن الوقت ، والفصال لا يكون إلا عن الرضاع ، دل على بقاء حكم الرضاع فى مطلق الوقت إلى أن يقوم الدليل على التقييد .

٣) قال تعالى " وإن أردتم أن تسترضعوا أولادكم " فدل ذلك على أن الله أثبت للزوجين إرادة الاسترضاع مطلقاً عن الوقت ، فمن أدعى التقييد بالحولين فعليه إقامة الدليل .

٤) إن الإرضاع يوجب الحرمة لكونه منبتاً للحكم منشزاً للعظم ، ومن المحال عادة ، أن يكون منبتاً لحكم إلى الحولين ثم لا ينبت بعد الحولين ، مما يدل على أن الرضاع بعد الحولين يكون رضاعاً . غير أن أبا حنيفة أستحسن فى تقديره مدة ابقاء الرضاع بعد الحولين بستة أشهر .

٥) إن الآية الكريمة فيها الحولين مدة الرضاع فى حق من أراد أن تمام الرضاعة وهذا لا ينفى أن يكون الزائد على الحولين مدة الرضاع فى حق من لم يرد أن يتم الرضاعة ، مع أن ذكر الشئ بالتمام لا يمنع من احتمال الزيادة عليه .

٦) زيادة مدة ستة أشهر على الحولين ، أساسه إحتياج الطفل إلى هذه المدة للتدرج من اللبن إلى الطعام المعتاد . إلا أنه إذا استغنى بالفطام عن اللبن استغناء تاماً لم يكن ذلك رضاعاً لأنه لا رضاع بعد الفطام .

قال زفر من الأحناف مدة الرضاع المحرم ثلاثة أحوال فهى ستة وثلاثون شهراً ، وأستدل بما يأتى :

١) قال تعالى " وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم " والآية جاءت مطلقة ليس فيهاتقييد الإرضاع بالحولين .

٢) قال صلى الله عليه وسلم " الرضاعة من المجاعة " ومدة الستة وثلاثون شهر سن يعتد فيها بالرضاع .

قال الإمام مالك مدة الرضاع المحرم ستة وعشرون شهراً بأن أضاف مدة شهرين على الحولين قائلاً إن الطفل قد يحتاج إلى هذه المدة لتحويل غذائه إلى الطعام . لكن إن فطم الولد عن اللبن ، واستغنى بالطعام استغناء بيِّناً ولو فى الحولين ، ولم يوجد له مرضع فى الولين ، فاستغنى بالطعام أكثر من يومين وما أشبههما ، فأرضعته امرأة فلا يحرم ، لأن حديث " فإنما الرضاعة من المجاعة " يدل على أن الطفل غير مفطوم ، فإن فطم فى بعض الحولين لم يكن الرضاع بعد الفطم من المجاعة .

الشافعى يرى أن مدة الرضاع المحرم هى حولين كاملين وإلى هذا ذهب أبو يوسف ومحمد من الأحناف .

وسند هذا الرأى :

١) قال تعالى " والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة " فتمام الرضاع فى الآية مقدر بحولين كاملين ، وما حدده الشارع بغاية ، كان حكم ما بعد الغاية مخالفاً له ، وحكمه فى الشرع هو التحريم فى الحولين ، فوجب أن يكون حكم عدم التحريم بعد الحولين .

٢) روى الدار قطنى والبيهقى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال " لا رضاع إلا ما كان فى الحولين " بمعنى أنه لا رضاع محرم إلا ما كان فى الحولين " وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم " لا رضاع إلا ما فتق الأمعاء وكان قبل الحولين " مما يدل على أن قصر الرضاع المحرم هو الرضاع فى الحولين ، فعلم نفى التحريم بعدهما .

٣) روى جابر عن النبى صلى الله عليه وسلم " لا رضاع بعد فصام ، ولا يتم بعد احتلام " ةالفصال ورد فى القرآن الكريم " وفصاله فى عامين " فوجب الحمل على ما جاء فى الآية الكريمة دفعاً للمنافاة .

يلاحو أن الحولين يعتد فيهما بالأهلة ، السنة الهلالية هى السنة القمرية ، وهى ثلاثمائة وأربع وخمسون يوماً وسدس من اليوم .

والسنة الشمسية ثلاثمائة وخمس وستون يوماً وربع يوم . ويعتبرها الفلكيون ٣٦٥ يوماً إن كانت السنة بسيطة ، وستة وستون يوماً إن كانت كبيسة .

القضاء وأجر الإرضاع

قضى بأن الأم لا تستحق أجر إرضاع على الأب ولو استأجرها لذلك متى كانت الزوجية قائمة أو كانت معتدة من طلاق رجعى .

وقضى بأن استحقاق معتدة الطلاق البائن لأجر الإرضاع نحـل خـلاف والعمل على استحقاقها أجر إرضاع .

وقضى بأن الأم تستحق أجرة الإرضاع بعد الطلاق وانقضاء العدة اتفاقاً .

الفصل السادس

الطلاق وحضانة المطلقة

التعريف بالحضانة

قال الأحناف هى : تربية الطفل ورعايته ، والقيام بجميع أموره فى سن معينة ، ممن له الحق فى الحضانة .

قال المالكية : هى حفظ الولد فى مبيته ، ومؤنة وطعامه ولباسه ومضجعه ، وتنظيف جسمه .

قال الشافعية : هى تربية من لا يستقل بأموره بما يصلحه ، وجفع ما يضره .

وقال الحنابلة : هى حفظ صغير وغيره عما يضره ، وتربيته بعمل مصالحه .

سبب الحضانة

تقوم الحضانة على أساس عجز المحضون فى أول حياته ن القيام بأمور نفسه ، وعدم إدراكه لما ينفعه أو يضره .

مشروعية الحضانة

تقوم مشروعية الحضانة على أساس من السنة والإجماع :

السنة :

روى أن امرأة قالت " يا رسول الله : إن ابنى هذا كان بطنى له وعاء ، وثدى له سقاء ، وحجرى له حواء ، وأن أباه طلقنى وأراد أن ينزعه منى : فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم " أنت أحق به ما لم تنكحى "

الإجماع :

روى أن عمر بن الخطاب أنه طلق جميلة أم عاصم الأنصارية ، ثم أتى عليها وفى حجرها عاصم ، وأراد أن يأخذه منها ، فتجاذباه بينهما حتى بكى الغلام ، فانطلقا إلى أبى بكر الصديق رضى الله عنه ، فقال أبو بكر لعمر " خل بينها وبينه ، فإن مسها ، وحجرها ، وريحها خير له منك ، حتى يشب الصبى " فما راجعه عمر وسلم عاصما لأمه والصحابة حاضرون فلم ينكر أحد ، فكان إجماعا .

الحضانة مرحلتان

أمر الحضانة يمر بمرحلتين

الأولى : حالة قيام الزوجية – وفيها يكون الأبوان أولى بحضانة ولدهما من غيرهما ، ولا يشترط فيهما أى شرط ، والحضانة فى هذه المرحلة واجبة عليهما وجوباً مشتركاً بينهما .

الثانية : هى الحضانة الصغير بعد الفرقة بين أبوية

من له الحضانة بعد الفرقة

تكون الحضانة للنساء فى وقت ، وتكوزن للرجال فى وقت . والأصل فيها أن تكون النساء لأنهن أشفق وأرفق وأهدى إلى تربية الصغار ، ثم تصرف إلى الرجال ، لأنهم على الحمايى والصيانة وإقامة مصالح الصغار أقدر .

وحضانة النساء شروطها أن تكون المرأة ذات رحم محرم من المحضون لأن مبنى الحضانة على الشفقة ، والرحم المحرم هى المختصة بالشفقة ، ثم تقدم فيها الأقرب فالأقرب .

أحق النساء بالحضانة من ذوات الرحم المحرم هى الأم لصبرها وقدرتها على تحمل المشاق ، مهما طال الزمان ، فهى تفرح لفرح ولدها وتسر عند رؤيته ، وتسهر لسهره ، وتحزن لمرضه ، لأن الله أودع فى قلبها العطف

عليه ، والحنان والمحبة ، فلا تضار به ، ولا توله عليه ، وهذه فطرة فطر الله الأم عليها سواء كان الزوجية قائمة بينها وبين والد الصغير أم مطلقة منه ، فهى أحق لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال " أنت أحق به ما لم تنكحى " وأبو بكر يقول لعمر حين فارق زوجته وكانت حاضنة لولده عاصم إن " ريحها ، ومسّها ، ومسحها ، وريقها ، خير له من الشهد عندك ، ولم ينكر عليه أحد ، فكان إجماعا .

وبعد الأم أم الأم على ترتيب أورده الفقهاء ، وبينت المادة ٢٠ من القانون ١٩٢٩/٢٥ ترتيب الحاضنات من النساء .

إذا لم توجد محارم من النساء أو وجدت وليست أهلاً لحضانة ، انتقل الحق إلى محارم المحضون من الرجال العصبة .

لا خلاف بين الفقهاء على ان الأم أحق بولدها بعد الفرقة لحق الولد ، ولكونها أنفع له من غيرها ، ووجه هذا الرأى أن الأم تستطيع إسقاط حضانتها بعوض وبغير عوض ، ولو كانت الحضانة حقاً لغيرها لما استطاعت إسقاط هذا الحق . فقال المالكية بجواز الخلع بإسقاط الأم حضانتها للأب ، وينتقل له حق الحضانة ، ولو كان هناك من يستحق الحضانة قبل الأب ، وشرط ذلك أن لا يخشى ضرر على المحضون ، بأن يكون عالقاً بأمه ولا يمكن فراقه لها ، أو يكون مكان حضانة الأب له غير حصين . فى هذه الحالة اتفق المالكية على عدم سقوط حضانة الأم ويقع الطلاق اعمالاً لأثر الخلع .

إذا أسقطت الأم حضانتها مقابل الخلع ، ومات الأب عادت الحضانة بعد ذلك للأم . وهو الأظهر عند المالكية .

أما الأحناف فيرون أن الأم أحق بولدها بعد الفرقة لحق الولد ، وكونه انفع له عندها . وقالوا إذا أختلعت المرأة من زوجها على أن تترك ولدها عند الزوج ، فإن الخلع جائز والشرط باطل .

المادة ٢٠ من قانون تنظيم أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالقانون ١/٢٠٠٠ نصت بفقرتها الثالثة على أنـــه " لا يصح أن يكون مقابل الخلع إسقاط حضانة الصغار ... " وفي هذه الحالـــة إذا كان الخلع بين الزوجة وزوجها على أن يكون الخلع إسقاط حضـــانتها للزوج ، فإن شرط المقابل يبطل ويصح الخلع ويقع به طلقة بائنة .

موقف القانون ١٩٢٩/٢٥ من حضانة الأم بعد الفراق

نصت المادة ٢٠ من القانون ١٩٢٩/٢٥ على أن :

" ينتهي حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصـــغيرة سن اثنتي عشرة سنة ، ويجوز للقاضي بعد هذه السن إبقاء الصغير حتـــى سن الخامسة عشر والصغيرة حتى تتزوج ، في يد الحضانة ، دون أجـــر حضانة أجر إذا تبين أن مصلحتها تقضي ذلك "

" ولكل من الأبوين الحق في رؤية الصغير أو الصغيرة ، وللأجداد مثـــل ذلك عند عدم وجود الأبوين "

" وإذا تعذر تنظيم الرؤية اتفاقا ، نظمها القاضي ، على أن تتم في مكان لا يضر بالصغير أو الصغيرة نفسياً "

" ولا ينفذ حكم الرؤية قهراً ، لكن إذا امتنع من بيده الصغير عـــن تنفيـــذ الحكم بغير عذر انذره القاضي ، فإن تكرر منه ذلك ، جاز للقاضي بحكم واجب النفاذ ، نقل الحضانة مؤقتاً إلى من يليه من أصحاب الحق فيها لمدة يقدرها "

" يثبت الحق فى الحضانة للأم ثم للمحارم من النساء مقدماً فيه من يـــدلى بالأم على من يدلى بالأب ، معتبراً فيه الأقرب من الجهتين على الترتيـــب التالى : " الأم ، فأم الأم وإن علت ، فـــأم الأب وإن علــت ، فـــالأخوات الشقيقات ، فالأخوات لأم ، فالأخوات لأب ، فبنت الأخت الشقيقة ، فبنـــت الأخت لأم ، فالخالات بالترتيب المتقدم فى الأخوات ، فبنت الأخت لأب فبنات الأخ بالترتيب المذكور ، فالعمات بالترتيب المذكور ، فخـــالات الأ بالترتيب المذكور ، فخالات الأب بالترتيب المذكور ، فعمات الأم بالترتيب المذكور ، فعمات الأب بالترتيب المذكور " .

" فإذا لم توجد حاضنة من هؤلاء النساء ، أو لم يكن منهن أهل للحضانة أو انقضت مدة حضانة النساء انتقل الحق فى الحضانة إلى العصبات مـــن الرجال بحسب ترتيب الاستحقاق فى الإرث ، مع مراعـــاة تقـــديم الجـــ الصحيح على الأخوة "

" فإذا لم يوجد أحد من هؤلاء ، انتقل الحق فى الحضـــانى إلـــى محـــار الصغير من الرجال غير العصبات على الترتيب التالى : " الجد لأم ، ثـــ الأخ لأم ، ثم ابن الأخ لأم ، ثم العم ، ثم الخال الشـــقيق ، فالخـــال لأب فالخال لأم "

***

هذا النص جعل الأم أحق بحضانة صغيرها فى أول حياته الأولى ، لأنـــ بحاجة إلى خدمتها ، ولا يمكنه الاستغناء بنفسه عنها ، وهى أقدر على ذلك ، بل هى مهيأة بحكم الفطرة وبحكم تكوين الله لها ، وجعل قانون الأموم فيها غالب وهو " قلب الأم " الذى أعده الله ليؤدى دوراً إنسانياً نحو ولده – جنيناً فى بطنها ، مولوداً بعد حملها له .

إن وظيفة الأم فى أول حياة صغيرها تتسم بطابعين أولهما طابع روحى فهى خلقت لتفهم مولودها ، وتعبيراته وهو يتتبعها فى مهده بعينيه ، فتخاطبه ويخاطبها . وثانيهما طابع جسمانى محض ، قضى به ضعف مولودها ، وحاجته إلى خدماتها ، وصبرها عليه ، فهى أقدر على كل أموره من تنظيف وتعهد طوال فترة صغره ، ويستمر أمرها معه حتى يقدر ويستغنى عن حضانة النساء ، بأن يأكل ويشرب ويقضى حاجاته الخاصة وحده .

وقد حدد القانون السن التى يستغنى فيها الصغير عن الحضانة ، فنص على أن تنتهى حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة ، وبلوغ الصغيرة سن أثنتى عشرة سنة . فإذا بلغ الصغير أو الصغيرة هذه السن افترض القانون أن بإمكانهما قضاء حاجاتهما بنفسيهما دون مساعدة النساء ، وأصبحا بحاجة إلى من يحافظ عليهما ، ويقوم على التربية والتعليم ، والأب على ذلك أقدر وأقوى ، ولذلك نص القانون على انتهاء حضانة النساء ببلوغ الصغير والصغير هذه السن .

ومما تجدر الإشارة إليه أن حضانة النساء تنتهى بقوة القانون ببلوغ الصغيرة سن العاشرة ، وبلوغ الصغيرة أثنتى عشرة سنة ، وذلك دون حكم يصدر بذلك ، ويكون للأب – أو من له الحق من العصبات – طلب الصغير أو الصغيرة ممن هو فى يدها .

الصغير بعد بلوغ أقصى سن الحضانة

قلنا إن الصغير أو الصغيرة ببلوغ أقصى سن الحضانة تنتهى حضانة النساء له بقوة القانون ، دون صدور حكم من القضاء بذلك ، ويكون لعاصبه أن يتسلمه عقب البلوغ . وإذا رأت الأم الحاضنة أن مصلحة

المحضون فى البقاء معها بعد تجاوز سن الحضانة ، فعليها أن تتفق على ذلك مع العاصب قبل أن يبلغ الصغير – أو الصغيرة – سن العاشرة للصغير ، وسن أثنتى عشرة سنة للصغيرة – فإذا لم يتفقا كان عليهما أن تلجأ إلى القاضى ليقضى بانقضائهما معها ، والإبقاء هنا أمر جوازى للقاضى ، ولا يقضى به إلا إذا تحقق من ضوابط معينة هى :

١) مصلحة الصغير – أو الصغيرة – هذه المصلحة تكون حيث القدرة على الضم ، واخذ الصغير بما هو أنفع له حتى يشب على الجادة ، ويبتعد عما هو شائن به وبمستقبله . ومتى تبين للقاضى نفع الصغير وجب المصير إليه دون التفات إلى طلب الحاضنة إبقاء معها .

هذا ويلاحظ أن طلب الحاضنة إبقاء المحضون الذى تجاوز أقصى سن الحضانة معها ، وهو طلب بحق انتهى بقوة القانون ، ونشأ حق العاصب فى ضم صغيره إليه بمعنى أن الحق الظاهر هو للعاصب ، وأنها تدعى على الخلاف الظاهر ، وهذا يقتضى إثبات أن مصلحة الصغير فى البقاء معها تغلب الحق الظاهر لعاصبة .

٢) أن يتبين للقاضى من ظروف الصغير المحضون أن مصلحة تقتضى البقاء مع الحاضنة بعد تجاوز أقصى سن الحضانة ، ولا يدخل فى هذه المصلحة القول بأن من مصلحة الأم الحاضنة أن يكون الصغير معها ، لأن مدار بقاء الصغير معها هو مصلحته هو ، لا مصلحة غيره .

٣) حق العاصب – يبدأ حق العاصب فى ضم الصغير – أو الصغيرة – إليه من الوقت الذى ينتهى فيه حق الأم فى الحضانة ، وهو الوقت المحدد بالنص ٠ ولا يجوز بقاء الصغير أو الصغيرة معها – إلا بحكم يصدر من

القاضى – وسبب ذلك أن المشرع رأى أن الرجال أقدر على تعهد الصغير – أو الصغيرة – بعد تجاوزهما أقصى سن الحضانة .

أخذ الأب صغيرة بعد تجاوز أقصى سن الحضانة ، فيه تعود الصغير بأخلاق الرجال والتعود بعاداتهم ، وهذا أنفع له وأجدى . كما أن نفع الأنثى بهد تجاوزها أقصى سن الحضانة فيه نفعها أيضاً ، فالأب أقدر على المحافظة عليها وتوجيهها التوجيه الصحيح ، ويدفع عنها عبث العابثين ، خاصة وأنها فى هذه السن ليست لها خبرة بالحياة ، ولا معرفة بالرجال ، ومصيرها الزواج برجل ، ولهذا كان ضم الأب صغيرته إليه أنفع لها . ولذلك يتعين على القاضى إذا تحقق هذا النفع – للصغير أو الصغير – وجب عليه أن يصير إليه رضيت الأم الحاضنة أم أبت ، ورضى الصغير أم أبى ، والأب فى هذه الحالة لا يستطيع أن يتخلى عن ضم الولد بعد الاستغناء عن الأم أو غيره ، فإذا امتنع عن أخذ صغيره عند ذلك وجب إجباره عليه ، والأحناف يرون أنه لا خيار للولد فى هذا المجال ، بمعنى أنه إذا بلغ المحضون أقصى سن الحضانة وطلب الأب ضمه إليه وجب أن ينزع من الحاضنة ويأخذه الأب دون خيار فى ذلك لصغير ذكراً كان أم أنثى .

بقاء الصغير حتى سن الخامسة عشر والصغيرة حتى تتزوج فى يد الأم الحاضنة له شروط ثلاثة :

١) أن تطلب الحاضنة من القاضى فى مواجهة من له حق ضم الصغير إليه بعد تجاوزه أقصى سن الحضانة فى يدها ، وسبب ذلك أنه ببلوغ الصغير – أو الصغيرة – أقصى سن الحضانة ، لا يكون بحاجة أساسية إلى حضانة النساء ، كالمدة السابقة عليها . من أجل ذلك يتعين على

الحضانة أن تطلب من القاضى إبقاء – أو الصغيرة – فى يدها ، لأن المحضون بعد تجاوزه أقصى سن الحضانة يكون فى يدها دون حماية من القانون لانتهاء الحضانة بقوة القانون . ويكون طلب إبقاء الصغير فى يدها بطريق الدعوى ، التى تقوم أساساً على مصلحة الصغير فى البقاء معها . بمعنى أنها تقصد مصلحة الصغير وتسعى إليها ، وعليها فى ذلك أن تقيم الدليل على دعواها مصلحة الصغير ، لأن الأصل انتهاء حضانتها بقوة القانون ببلوغ المحضون أقصى سن الحضانة ، وبقاء المحضون فى يدها بعد ذلك مخالف لهذا الأصل ويحتاج إلى إثبات المصلحة فى ذلك .

هذا ويلاحظ أن الأم الحاضنة إذا لم تطلب إبقاء المحضون فى يدها بعد تجاوزه أقصى سن اتلحضانة ، كان المحضون فى يدها أمانة ، وإن كانت هذه الأمانة من نوع خاص غير الأمانة المعبر عنها بالوديعة ، وسبب ذلك أن الشرع الإسلامى هو الذى سلطها على حضانة الصغير ، لا لمصلحة أبيه ، ولا لمصلحة الحاضنة ، ومصلحة الصغير – أو الصغيرة – فى الحضانة لها صلة بحق الشرع – الصالح العام – الذى يحتم رعاية الصغار والقيام بتربيتهم إلى ان يتمكنوا من الاستقلال برعاية شؤونهم – ولذلك إذا أبقت الحاضنة – الصغير أو الصغيرة – فى يدها بعد تجاوز أقصى سن الحضانة – دون أن تطلب من القاضى إبقاءه معها – لا يقال إنها اغتصبت الصغير . بل يقال إنها أتت عملاً يتنافى مع مصلحته ، ومع مصلحة أبيه ، ولا جزاء لهذا إلا استعادة الصغير أو الصغيرة بالإجراء الذى رسمه القانون .

٢) أن تثبت الحاضنة أمام القاضى أن مصلحة الصغير – أو الصغيرة – تقضى إبقاؤه بيدها بعد تجاوز أقصى سن الحضانة . وهذه المصلحة ينظر

فيها إلى الصغير – أو الصغيرة – على ضوء الضوابط السابقة . ويستقل القاضى باستخلاص مصلحة الصغير فى ذلك من الأوراق ، وظروف الدعوى ، وظروف الصغير – دون رقابة عليه فى ذلك ، ما دام استخلاصه سائغاً .

٣) أن يصدر إذن القاضى ببقاء الصغير – أو الصغيرة – فى يد الحاضنة بعد تجاوز أقصى سن الحضانة ، وإذن القاضى يكون بحكم يصدر فى الدعوى ، لأن بقاء الصغيرة أو الصغيرة فى يد الحاضنة بعد أقصى سن الحضانة فيه تغليب لمصلحة الصغير فى البقاء ، على حق أبيه – أو العاصب فى ضمه إليه . فإذا حكم القاضى ببقاء الصغير – أو الصغيرة – فى يد الحاضنة ، فقد منع الأب – أو غيره من العصبات صاحب الحق – من أخذ الصغير من حاضنته إذا كان فى يدها . وحكم القاضى فى هذه الحالة ليس إقراراً لحق قائم وإنما هو إنشاء لحق استبقاء الصغير فى يد حاضنته ، لأن الاستبقاء وعدمه يخضع لتقدير القاضى ، فهو الذى يقدر مقتضى هذا الاستبقاء .

إذا كان الصغير – بعد تجاوزه أقصى سن الحضانة فى يد غير يد الحاضنة – كأن يكون فى يد أبيه ، فهل يشمل حكم القاضى ببقائه فى يد الحاضنة الأمر – لمن بيده الصغير – بتسلمه للحاضنة ؟

ذهب رأى فى القضاء إلى أن الصغير – أو الصغيرة متى تجاوز سن الحضانة وصار فى يد العصبات فلا وجه لنزعه ، وضمه إلى حاضنته بناء على المادة عشرين سالفة الذكر لأن حكم هذه المادة خاص بحالة ما إذا كان كل منهما فى يد الحاضنة ، وأن يدها ما زالت على المحضون كما هو صريح المذكرة الإيضاحية لهذا القانون ، فقد نصت على أن القاضى

إذا رأى المصلحة فى البقاء فى يد الحاضنة قضى بذلك ، وإن رأى مصلحتها فى غير ذلك قضى بضمهما إلى غير النساء ، فهذا واضح فى أن هذه الحالة خاصة بحالة وجود المحضون فى يد الحاضنة ، ولم تتعرض لحالة نزعة من يد عاصبة بعد صيرورته فى يده ، وقد تجاوز سن الحضانة [1] .

وذهب رأى أخر إلى أن الإذن ببقاء الصغير - أو الصغيرة - فى يد الحاضنة بعد تجاوز سن الحضانة - المنصوص عليه بالمادة ٢٠ من القانون ١٩٢٩/٢٥ هو حق عام يتناول حالة وجود الصغير بيد الحاضنة أو بيد عاصبة . وهذا الرأى جدير للأسباب الآتية :

١) المادة ٢٠ سالفة الذكر ليست خاصة بحالة المحضون الموجود فى يد الحاضنة ، وليس فيها ما يدل على هذا التخصيص ، وقول المذكور الإيضاحية يجوز بعد هذه السن إبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشر والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة إذا تبين أن مصلحتهما تقتضى ذلك " جاء عاما يستوى أن يكون المحضون - وقت تجاوزه سن الحاضنة - فى يد حاضنته أو فى يد غيرها من العصبات .

٢) الإجازة الواردة بالنص مشروطة بأن يرى القاضى أم مصلحة الصغير تقتضى بقاءه بيد الحاضنة ، ومقتضى هذا أن الصغير - أو الصغيرة - إذا لم يكن بيدها ، وجب أن يسلم لها ، ولو كان فى يد والده متى تحقق الشرط وهو أن تكون مصلحته تقتضى ذلك . بشرط أن يكون داعى المصلحة هذه قائماً وقت تجاوز أقصى سن الحضانة - أما إذا كان داعى المصلحة قد

[1]) مبادئ القضاء فى الأحوال الشخصية للمؤلف (حضانة) .

استجد بعد تجاوز هذه السن وهو فى يد عاصبة ، فإن المادة ٢٠ لا تنطبق ويبقى الصغير فى يد عاصبة .

٣) القول بالرأى الأول يدفع العصبات إلى التعجيل فى نزع الصغير من يد الحاضنة بدون وجه حق ، وتفويت مصلحة الصغير إذا اقتضت ظروفه ذلك .

هذا فضلاً عن أن لجوء العاصب إلى نزع الصغير قبل الأوان أمر لا يقره القانون وتأباه مصلحة الصغير .

الحكم ببقاء الصغير – أو الصغيرة – فى يد الحاضنة مشروط بقيام مصلحتها فى ذلك ، وبقاء هذه المصلحة قائمة طوال مدة البقاء بيد الحاضنة ، مع استمرار بقاء شروط صلاحيتها للحضانة . ومؤدى هذا أن مصلحة الصغير قد تتطلب البقاء بيد الحاضنة فترة من الزمن ، ثم لا تتطلب ذل بعد هذه الفترة ، وقبل بلوغ الفترة المحددة بالنص وهى الخامسة عشر بالنسبة للصغير وحتى الزواج بالنسبة للصغيرة . وعلى هذا الأساس يكون من حق العاصب أن يطلب من القاضى ضم المحضون إليه لتغير مصلحته ، أو لانتفاء شرط من شروط الصلاحية للحضانة . ولا يمنعه من ذلك سبق صدور حكم لها ببقاء الصغير بيدها ، وسبب ذلك هو أن مدار بقاء الصغير بيد الحاضنة هو " مصلحة فى هذا البقاء " أى نفع المحضون ، والقاعدة أنه متى تحققت فى شئ وجب المصير إليه .

هذا ويلاحظ أن مدار إبقاء الصغير – أو الصغيرة – فى يد الحاضنة بعد تجاوز العاشرة والثانية عشر – هو مصلحتها فى هذا البقاء ، وهذه وإن قدر الشارع لها مدة للبقاء إلا أنها قد تتغير قبل المدة المحددة بالنص ولذلك يتعين على القاضى وهو يحكم ببقاء الصغير أو الصغيرة بيد الحاضنة ألا

يحدد بالحكم مدة الإبقاء ، وإنما يقتصر الحكم على مجرد الإبقاء ، لأن النص وإن حدد زمناً إلا انه لم يلزم القاضى به ، لأن الإبقاء بيد الحاضنة قائم على مصلحة الصغير والصغيرة ، وهذه المصلحة قد تتغير قبل السن التى حددها النص .

شروط الصلاحية للحضانة

١) أن تكون الحاضنة بالغة عاقلة ، لأن الحضانة من باب الولاية ، والصغير ليس من أهل الولاية ، ولذلك اشترط الفقهاء بلوغ الحاضنة ، وبغير البلوغ لا تصلح للحضانة .

أفتى المتأخرون من الأحناف بصلاحية المراهقة للحضانة استناداً إلى قول العينى " أحكام المراهقين أحتام البالغين فى سائر التصرفات " وقال أن هذا يكون عندما تدعى المراهقة البلوغ وإلا فهى فى حكم القاصر . وبلوغ المراهقة هما بلوغ حكمى - إذا ادعته .

والعقل شرط فى الحضانة إذ لا يتصور أن يكون الشخص القاصر فى حق نفسه ، وتكون له ولاية على غيره .

٢) أن تكون الحاضنة أمينة على الصغير قادرة على تربيته وصيانته . المراد بأمانة الحاضنة ألا يضيع الولد عندها باشتغالها عنه ، بالخروج من منزلها كل وقت ، فإن كانت غير مأمونة سقط حقها فى حضانته ، لأن مناط سقوط هذا الحق هو ضياع الولد وإهماله . جاء فى ابن عابدين " تثبت الحضانة للأم بعد الفرقة ، إلا أن تكون مرتدة أو فاجرة أو غير مأمونة " ، ذكره فى المجتبى " بأن تخرج كل وقت وتترك الولد ضائعاً " وعلق على عبارة " بأن تخرج كل وقت " بقوله " المراد كثرة الخروج لأن المدار على ترك الولد ضائعاً ، والولد فى حكم الأمانة عندها ، ومضيع

الأمانة لا يستأمن " . وجاء مثل ذلك فى الجزء الأول من الفتاوى المهدية . ولا يشترط أن يكون خروج الحاضنة لمعصية ، فقد يكون الخروج لغيرها ما دام مجرد الخروج سبباً فى ضياع الولد .

احتراف الحاضنة لا يسقط حضانتها للصغير ، لأن مناط سقوط الحضانة هو ضياع الولد عندها ، أما الاحتراف فى ذاته فلا يعتبر مسقطاً للحضانة . قال صاحب الفتاوى المهدية فى الجزء الأول " وليس كون الأم لها صنعة مسقطاً لحقها " والذى يدل على ذلك أن ملحظ الفقهاء فى علة السقوط هو ما نص عليه من أن العمياء لا يسقط حقها فى الحضانة إن أمكنها حفظ المحضون ، بل ما نص عليه من أنه لو كانت الحاضنة كثيرة الصلاة قد استولت عليها محبة الله تعالى وخوفه حتى شغلاها عن الولد ولزم ضياعه نزع منها . وقد قضى بأن إذا كانت ظروف الحاضنة التى تقوم بالتدريس تسمح بها بارضاعها لولدها فى الأوقات الواجبة ، وكان لها مع ذلك خادم يقوم بخدمة الرضيعه اعتبرت الحاضنى بذلك قادرة على صيانة الرضيع وحفظه طبقاً لما تشير إليه نصوص الفقهاء [١] .

الأصل فى الحاضنة الأمانة والأهلية ، وعلى من يدعى عكس ذلك إثبات ما يدعيه . وقد قضى بأنه إذا ثبت من شهادة الشهود أن الحاضنة بغى عاهر تحترف البغاء علناً تكون عير أمينة على الصغير ويسقط حقها فى حضانته لمصلحة المحضون [٢] .

اتفق فقهاء الأحناف – من حيث المبدأ – على أن الفسق مانع من الحضانة فلا تكون الفاسقة أهلاً لها . إلا أنهم اختلفوا فى مدى الفسق المانع من الحضانة . فقيل أنه مطلق الفسق ، فالفاسقة بترك الصلاة لا حضانة لها ،

---

[١]) مبادئ القضاء فى الأحوال الشخصية .

[٢]) ابن عابدين جزء ٢ ص٦٥١ .

وقيل المراد بالفسق هو الفسق الذى يضيع به الولد عندها . وقد قضى بأن المنصوص عليه شرعاً أن الحاضنة إذا كانت فاسقة فسقاً يلزم منه ضياع الولد عندها سقط حقها ، وإلا فهى أحق به إلى أن يعقل فينزع منها كالكتابية (١) . كما قضى بأن المناط فى عدم الأهلية للحانة الفسق ، وكون الصغيرة تعقله .

الذمية أحق بولدها ما لم يعقل ديناً ، لأن الشفقة لا تختلف باختلاف الدين (٢) والأم الذمية أشفق على ولدها . أما إذا عقل الأديان ، فإنه ينزع ومن فساد العاصب أن يبيع ما يملكه الصغير مفرزاً وهو شائع أو قسمته أو يتجاوز حد الاعتدال إلى الإسراف فى بذل ماله . ولو فى سبيل البر ، وعللوا ذلك بأن المفسد فى انمال لا يصلح لولاية المال ولا لحفظ الصغير . والقاضى صاحب الرأى فى عند من يضع الصغير أو الجارية إن لم يكن لها عاصب مصلح . وإن أبقى الصغير فى يد حاضنته ولو تجاوز سن الحضانة إذا كانت مأمونة على نفسها لكن إذا تقدم عاصب مصلح أمين سلمه القاضى إليه لأن القاضى له الولاية على ذوى الولايات الخاصة حتى إذا خرج أحدهم عن حدود ولايته كان للقاضى سلب تلك الولاية وإعطاء الصغير لغيره ، لأن ولاية ذوى الولاية على النفس مقيدة بتحقيق مصلحة الولد ، فإذا انتفت المصلحة زالت الولاية على النفس والمال ، ولذلك نصحوا للقاضى أن يتدبر خصوص الوقائع ويتعرف أحوال الناس ويراعى الأصلح لولد ، وفوض الفقهاء له الرأى فى ذلك (٣) .

---

(١) مبادئ القضاء فى الأحوال الشخصية .

(٢) ابن عابدين جزء ٣ ص٦٥٠ .

(٣) ق ٢٩٠/١٩٤٨ شرعى العطارين جلسة ١٩٤٨/٤/٢٠ .

غير الأب والجد من العصبة المحارم ليس له ضم الصغيرة إذا خيف عيها منه فقد جاء في كافي الحاكم أن للعم والأخ ضم الجارية إليهما عند عدم الأم إذا لم يخف عليها منهما ، أما إذا خيف عليها منهما فينظر القاضي امرأة ثقة فتسلم إليها . وجاء في البدائع لو كان الأخوة والأعمام غير مأمونين على نفس الصغيرة أو مالها لا تسلم إليهم ، وفي النهر : أن من المحارم من لا يؤمن على الصبي والصبية فلا حق له في الحضانة أو ينبغي للقاضي أن يكون ذا بصيرة يراعي الأصلح للولد ، فإنه قد يكون له قريب مبغض له يتمنى موته ، ويكون زوج أمه مشفقاً عليه يعز عليه فراقه فيريد قريبه أخذه منها يؤذيه ويؤذيها أو ليأكل من نفقته أو نحو ذلك . فإن علم القاضي شيئاً من ذلك لا يحل له نزع من أمه لأن مراد الحضانة نفع الولد (١) .

٣) أن تخلو الحاضنة من الزوج الأجنبي ، وألا تمسك الصغير في بيت المبغضين له .

يسقط حق الحاضنة – في حضانة الصغير – بنكاح غير محرم له ، وكذا بسكناها عند المبغضين له . جاء في القنية " لو تزوجت الأم بآخر وأمسكته أم الأم في بيت المبغضين له ، فللأب أخذه . ووجهة نظرهم أن الحضانة شرعت لمصلحة الصغير وزواج الأم بغير القريب يفوت هذه المصلحة ، وقد قضى بأن مساكنة الحاضنة للأجنبي تمنعها من حق الحضانة ، ولو لم يثبت الفسق إنه في أرقى درجاته يكون زوجاً ، وهو مانع بالنص ، كما تمنعها نفس السكنى معه . قال ابن عابدين " إذا أمسكت الحاضنة المحضون في بيت أجنبي غير الزوج استظهر صاحب الدر السقوط ، وفي

---

(١) جزء ٢ من ابن عابدين ، وجزء أول من مجمع الأنهر ملتقى الأبحر ، ورد المفتي شرح الملتقى .

النهر ، والظاهر معه ، واستظهره أيضاً الحجة الرملى وقال ابن عابدين ، والأصوب التفصيل وهو أن الحاضنة إذا كانت تأكل وحدها وابنها معها فلها حق ، لأن الأجنبى لا سبيل له عليها ، ولا على ولدها ، بخلاف ما إذا كانت فى عيال ذلك أو كانت زوجة له ، فينبغى للمفتى أن يكون ذا بصيرة يرى الأنفع للولد [1] .

تسقط الحضانة بالتزوج مطلقاً ، سواء كان المحضون ذكراً أم أنثى لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال " أنت أحق به ما لم تنكحى " فجعل للأم الحضانة حتى تتزوج ، فإذا تزوجت لا يكون لها هذا الحق . وكان عمل الصحابة على هذا النحو ، قال أبو بكر لعمر عندما خاصمته أم عاصم حول ابنه " أنها أحق به ما لم تتزوج " وقد وافقه عمر على هذا .

ويرى الأحناف سقوط الحضانة بمجرد عقد الزواج ، ولو لم يكن هناك دخول ، لأن الزوج يملك على زوجته حق الاستمتاع كما يملك أن يمنعها من الحضانة . فإذا طلقت الحاضنة من زوجها يعود لها حق الحضانة . لأن سقوط الحق كان بسبب الزواج ، فمتى حصل الطلاق زالت علة سقوط الحضانة . الحديث " أنت أحق به ما لم تنكحى " .

دلت الحوادث أن الولد قد يلحقه الجفاء والمذلة من زوج الأم ، وقد يكون زوج مشفقاً عليه يعز عليه فراقه ، ومن ناحية أخرى نرى بعضاً من زوجات الآباء يبغضن ولد الزوج ولا تفوتهن فرصة إيذائه . وقد يكون المحضون عند الأخوة والأعمام أضيع من الأيتام فى مأدبة اللئام .

ونرى أن الحاضنة ولا سيما الأم تعطف بالفطرة على مصالح الولد ولا تدخر وسعاً فى استعطاف الزوج عليه بشتى الوسائل ، وتستعذب فى هذه

---

[1] مبادئ القضاء فى الأحوال الشخصية .

السبل كل مشقة ، وتقر عيناً بالجمع بين هذه الأعباء حتى تحقق العناية بالولد والقيام بحق الزوج . ولهذه الاعتبارات الاجتماعية رأى واضعو مشروع قانون الأحوال الشخصية أن زواج الحاضنة بغير محرم للصغير لا يوجب سقوطها حقها فى الحضانة ، فنصيب المادة ٢١٣ منه على أن " زواج الحاضنة إذا رأى استمرارها منافياً لمصلحة الصغير " فمشروع القانون يترك لقاضى منع الحاضنة إذا انتفت مصلحة الصغير مقدراً كل حادثة بظروفها ، وهذا مروى عن عثمان رضى الله عنه ، وهو قول ابن حزم والحسن البصرى ، وقضى به يحيى بن حمزة ووضحه ابن القيم .

٤) ألا تمتنع الحاضنة عن تربية الولد مجاناً عند إعسار أبيه .

نص الفقهاء على سقوط حق الأم فى حضانة الصغير إذا أبت أن تحضنه مجاناً عند إعسار الأب . ووجود متبرعة بالحضانة ، وطلب الأب من الأم أن تحضن الصغير مجاناً ، ولا يعول على طلب المتبرعة لجواز أن يرضى الأب ببقاء الصغير عند الأم وهو معسر . أما فى حالة يسار الأب فلا يسقط حق الأم لأن بقاء الصغير لا عندها أنفع له ، وترجح دائماً مصلحة الصغير ببقائه عند الأم ، ولا ضرر على الأب ليساره . وحق المتبرعة فى ضم الصغير مشروط بطلب الأب سقوط الأجر عنه ، ولا يتوصل إلى حقه فى سقوط الأجر إلا بإثبات حق الضم عن المتبرعة – وهى غائبة – أما إذا حضرت وحدها ، وطلبت الضم بدون طلب الأب فلا تجاب إليه ، لأن المتبرعة لا تنتصب خصماً عن الأب فى طلب سقوط الأجر والتضرر تبعاً لحقها فى الضم .

وقد حذر الفقهاء من التواطؤ بين الأب والمتبرعة بالحضانة . ولذلك نجد العلامة المهدى حين سئل فى رجل طلق زوجته وله ولد سنة نحو ست

سنين ، ثم بعد انقضاء عدتها طلبت أجرة حضانة ولدها من أبيه . فهل إذا كان للأب أم متبرعة بالحضانة وهو معسر ، تقدم أم الأب . إذا لم ترض أم الأم بحضانته بدون مقابل ، أو للأم جبر الأب على دفع أجرة حضانة ولده في هذه الحالة ؟ أجاب إذا كان الأب معسراً أو أرادت الجدة المتبرعة – بالحضانة – أن تربى الولد وتحضنه مجاناً ولا تمنعه عن أمه . والأم تأبى ذلك وتطلب الأجر ، فالصحيح أن يقال لها : أما أن تمسكى الولد بغير أجر وأما أن تدفعيه للمتبرعة ، ويجب على الحاكم إذا ادعى الأب وجود متبرعة أن يحتاط فلا يجيبه بمجرد ادعائه ولا بمجرد حضور امرأة تدعى التبرع ، لأن ألحق ثابت للأم شرعاً فلا يبطل بمجرد قول غيرها ، ولا بحضور مدعية ، وطلب أخذ الولد ، فإنه قد يفعل تواطؤ ، وتحايلاً لإسقاط ما قرر على الأب ، فإذا مالت الأم إلى ترك الولد لعدم قدرتها على ترك الجرة مع إمساك الولد لضرورة مؤنتها ، واحتياجها في أمر الصغير ، وينظر في أمر التى تزعم التبرع لدفع التواطؤ مع الأب .

وقد قضى بعض الفقهاء يرى أن تبرع غير الأم بنفقة المحضون وإمساكه بالمجان لا يسقط حق الأم فى الحضانة ، بل يبقى فى يدها ما دام رضيعاً ولا تبرع منها لأنها أشفق الناس عليه ، وأكثرهم حناناً وصبراً على خدمته بما لا يتأتى مع غيرها . وقد نص الجزء الأول من الفتاوى المهدية فى باب الحضانة على وجوب تفطن القضاة لمثل هذه الدعاوى ولا يسايروا المتبرعات ، فإن أكثرهن لا يرون من مثل هذه الدعاوى سوى الكيد والاحتيال ، فقد يفتعل ذلك تواطؤا وتحايلاً للإسقاط ما قرر على الأب [1] .

---

[1] ق ١٩٣٩/١٨٣ شرعى منفلوط .

حق المتبرعة بضم الصغير لا يؤول إليها إلا إذا سبقه تضرر من الأب [1] وطلب سقوط الأجر عن الحاضنة القريبة التى تحضن الصغير . ولذلك لا محل لإجابة الحاضنة البعيدة إلى طلبها إمساك الصغير مجاناً إذا حضرت وحدها ، وطلبت ذلك ، وخيرت الحاضنة القريبة دون أن يطلب ذلك الأب – حتى ولو كان معسراً – لأن الحاضنة البعيدة تكون خصماً عن الأب – وهو غائب – فى التضرر من الأجر ، وطلبه سقوطه ، ولجواز أن يرضى الأب – وهو معسر – بإبقاء صغيره لدى الحاضنة القريبة بالأجر ، ولأن حق الحاضنة البعيدة المتبرعة لا يؤول إليها – وهو طلب الضم – إلا إذا سبقه تضرر من الأب ، وطلب سقوط الأجر عنه ، فإذا حضر الأب وطلب – وحده – ضم الصغير ، وسقوط الأجر ، انتصب خصماً عن الحاضنة المتأخرة فى طلب الضم ، لأن الضم شرط حقه ، والإنسان يصير خصماً عن الغائب إذا كان لا يتوصل إلى حقه إلا بإثبات شرط حقه أو سببه (جامع الفصولين من الدعوى)

٥) ألا تكون الحاضنة مرتدة [2] .

المرتدة لا حضانة لها ، لأنها تحبس حتى تتوب وتعود إلى دين الإسلام وتجبر على ذلك الحبس ، وتخرج كل يوم فتستتاب ، ويعرض عليها الإسلام . فإذا أسلمت فبها ونعمت ، وإلا حبست ، وهكذا إلى أن تسلم أو تموت لأن الرسول صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل المرأة الكافرة ، فإذا كانت المرأة لا تقتل بالكفر الأصلى فأولى ألا تقتل بالكفر الطارئ .

---

[1]) أى يشترط أن يبدأ الأب بالتضرر من أجل الحضانة ويثبت عدم قدرته على أداء هذا الأجر ، وفى هذه الحالة تنضم إليه الحاضنة المتبرعة ، حتى تكون صاحبة صفة فى الخصومة .

[2]) المرتدة هى التى لا تدين بدين سماوى ، وهى لا ولاية لها والحضانة نوع من الولاية على المحضون فى بعض شئونه ، وتربيته .

حالة الردة لا تحترم للمرتد يد معها ، ولا تقدير له ، ولا ليده شرعاً لأن المرتد ليس غير مسلم فقط ، بل هو أسوأ حالاً من غير المسلم من ذوى الديانات الأخرى ، لأنه لا ملة له .

المذاهب الأخرى - على خلاف مذهب أبى حنيفة - لا تفرق بين الرجل والمرأة ، وتعاقب المرأة بالقتل كما تعاقب المرتد ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال " من بدل دينه فاقتلوه "

إذا تابت المرتدة وعادت إلى دين الإسلام فهى أحق بصغيرها لأن المانع من حضانتها - وهو الردة - قد زال ، وبزوال المانع يعود لها حق الحضانة .

٦) أن تكون قادرة على حفظ المحضون . والقيام بمصالحة ، وألا تكون مريضة مرضاً يتعدى أثره إلى المحضون .

نساء لا يثبت لهن حق حضانة الصغير

١) المرتدة عن دين الإسلام حتى تعود إليه .

٢) الفاجرة فجوراً يضيع به الولد كالزنا وسرقة .

٣) الفاسقة بترك الصلاة لا حضانة لها ، قال صاحب القنية الأم أحق بالولد ولو سيئة السيرة معروفة بالفجور ما لم يعقل الصغير ذلك .

٤) غير المأمونة على الصغير وهى الى تخرج كل وقت وتترك الولد ضائعاً .

٥) من تأبى أن تحضن الصغير مجاناً إذا كان الأب معسراً ووجدت متبرعة ، أو من هى مقدمة عليها متبرعة وكانت لا تمنعه عن الأم .

مكان الحضانة

مكان الحضانة عند الأحناف هو مكان الزوجية – إذا كانت الزوجية قائمَة بين الزوجين ، حتى أنه لو أراد الزوج أن يخرج من البلد ويأخذ ولده معه ، فمن له الحضانة من النساء لا يمكن من ذلك حتى يستغنى المحضون عن أمه الحاضنة . لأنها أحق بحضانته ، فلا يملك أبيه انتزاعه منها لما فى ذلك من إبطال حقها . ولذلك إذا أرادت الزوجة الخروج بالولد من مكان الزوجية ، فللزوج أن يمنعها سواء كان المحضون معها أو لم يكن .

إذا وقعت الفرقة بين الزوجين – وانقضت العدة – وأرادت المرأة أن تخرج من البلد الذى هى فيه بالولد ففى الأمر تفصيل .

١) أن يكون خروجها بالولد الذى تحضنه إلى بلد وقع فيه النكاح كما إذا تزوج رجل امرأة إسكندرانية بالإسكندرية ثم نقلها إلى القاهرة فولدت أولاداً ، ثم وقعت الفرقة بينهما وانقضت عدتها منه ، وأرادت أن تنتقل ومعها محضونها إلى الإسكندرية ، فلها ذلك . ويعلل الأحناف هذه الإجازة لها بقولهم أن المانع من انتقالها هو ضرر التفريق بين الرجل وبين ولده ، وقد رضى الرجل بهذا المانع لوجود الرضا ، وهو تزوجه لها فى بلدها (الإسكندرية) لأن من تزوج امرأة فى بلدها فالظاهر أنه يقيم به ، والولد من ثمرات النكاح ، فكان راضياً بحضانة الولد فى ذلك البلد ، فكان راضياً بالتفريق ، إلا أن النكاح ما دام قائماً يلزم المرأة اتباع زوجها ، فإذا أزال النكاح فقد زال المانع .

٢) أن يكون النكاح قد وقع فى غير بلد المرأة ، لم يكن لها أن تنتقل بالمحضون إلى بلدها كما إذا تزوج رجل امرأة بالقاهرة ، فوقعت الفرقة بينهما ، وأرادت أن تنتقل بالمحضون إلى طنطا ، لم يكن لها ذلك ، لأنه

وقد وقع النكاح خارج بلدها ، فلم توجد دلالة الرضا بالمقام فى بلدها ما لم يكن الرجل راضياً بحضانة ولده فيه ، ومن ثم لم يكن بضرراً التفريق بينه وبين ولده .

٣) أن يكون البلد الذى تريد المرأة الإنتقال إليه بالمحضون لـيس بلـدها ولكن وقع النكاح فيه . كما إذا تزوج رجل امرأة إسكندرانية بالمنصـورة ونقلها إلى القاهرة ، فوقعت الفرقة بينهما وأرادت أن تنتقل بمحضونها إلى المنصورة ، ليس لهذا ذلك لأن البلد الذى وقع فيه النكاح ليس بلدها ولا بلد الزوج ، بل هو دار غربة لها كالبلد الذى فيه الزوج ، فلم يكن النكاح فيه دليلاً الرضا بالمقام فيه ، فلم يكن راضياً بحضانة ولده الذى هـو ثمـرة النكاح فيه ، ومن ثم لم يكن راضياً بضرر التفريق بينه وبين ولده .

وحاصل ما تقدم أنه يشترط لانتقال المرأة بمحضونها ، أن يكون البلد الذى تريد الانتقال إليه بالولد ، بلدها – وأن يكون النكاح قد وقع فيه . فإذاً لـم يوجد الشرطان معاً لا يكون لها الانتقال بالمحضون .

هناك رأى يقول به أبو يوسف ، إن العبرة بمكان عقد النكاح فقط أى ينظر إلى مكان العقد .

تعيين مكان الحضانة

إذا تعين مكان الحضانة وأمرها القاضى بالانتقال إليه . فإن عـدم انتقـال الحاضنة إلى هذا المكان يفقدها أهليتها للحضانة ويسـقط حقهـا فيهـا ، فالحاضنة وأن حكم بانتقالها إلى مكان الحضانة الذى تعين بمعرفة القاضى إلا أنه ليس من الضرورى أن تنتقل إلى هذا المكان ، بل لها هى أن تسكن فى أى مسكن شاءت وحيث ترى هى ، ويكون عدم انتقالها إلـى المحـل الذى تعين للحضانة – بعد أمرها – مفقداً لأهليتها للحضانة ومسقطاً لحقها

فيها ، ويقتصر الأمر عند هذا الحد ، إذ ليس القاضى ولا لأى فرد ان يلزم الحاضنة بالإقامة فى مكان معين أو بلد معين بالمحضون ، بل لها هى أن تختار إقامتها كما تشاء ، غير أنه يتعين أن يلاحظ أن الحاضنة لا تكـون مطلقة الحرية لإبقاء المحضون معها بأى مكان تريد ، لأن إقامة المحضون ليست ملكاً خاصاً لحاضنته تتصرف فيه كما تشاء ، بل تعلق به حق الغير وهو العاصب . وما دام الأمر كذلك فإنه لا يمكن إجبار الحاضـنة علـى الإقامة فى بلد معين أو مكان معين للحضانة ، وإنما يوقع الجزاء عليها بأن تهدر أهليتها لحضانة المحضون أخذ المحضون منها ، ويتحقق بذلك حـق الغير وهو الغاصب .

وتحديد مكان الحضانة ، وأمر الحاضنة بالانتقال إليه هو من عمل القاضى وليس من عمل الأب أو العاصب أياً كان ، لما فى ذلك من قيد على أهلية الحاضنة لحضانة الصغير .

رؤية الصغير

نظم القانون حق رؤية الصغير ، فجعل هذا الحق لكل من الأبوين . كمـا جعله للأجداد عند عدم وجود الأبوين . والأجداد هنا يدخل فيهم الجدات – أى الجدة لأب والجدة لأم . وهذا الحق قائم ما دام الصغير والصغيرة فـى يد الحاضنة سواء كان الحاضن من النساء أو من الرجال ، ويشـترط ألا يصادم هذا الحق حقاً للصغير ، لأن فى كل مسائل الصغير يجب مراعـاة مصلحته هو قبل مصلحة والديه .

ويجوز لصاحب الحق فى رؤية الصغير أن يجبر من بيده الصغير علـى تمكينه من هذا الحق . ولا يكون للأجداد جبر من بيده الصغير على تمكينه

من رؤياه إذا كان والدى الصغير على قيد الحياة . أما فـى حالـة عـدم وجوهما فيجوز للأجداد رؤية الصغير جبراً .

المقصود بعدم وجود الأبوين هو عدم وجودهما بالبلد الذى بـه حاضـنة الصغير ، كما إذا كان الأبوان أو أحدهما بعيداً عن الصغير بـأن يكـون عمله ببلد أخر ، ولا يمكنه رؤية الصغير . كما أن المقصود بعدم وجـود أبوين قد يكون بوفاتهما أو بوفاة أحدهما .

رؤية الصغير حق ثابت لكل من والديه شرعاً ، وفى حرمان أحدهما مـن ذلك ضرر وأى ضرر ، وهو منهى عنه بقوله تعالى " لا تضـار والـدة بولدها ولا مولود له بولده " [١] ولا يجبر من فى يده الصغير بحق علـى نقله إلى الآخر ليراه " ولكن لا يمنعه من ذلك . فقد جاء فى الحضانة مـن الدر ورد المحتار أن الولد متى كان عند أحد الأبوين لا يمنع الآخر مـن النظر إليه وعن تعهده . وجاء فى جامع أحكام الصغار " إذا كان الغـلام والجارية عند الأم فليس لها أن تمنع من تعهدهما والنظر إليهمـا " وفـى السراجية " إذا سقطت حضانة الأم وأخذه الأب لا يجبر على أن يرسله لها ، بل هى إذا شاءت أن تراه لا تمنع من ذلك .

وقد ترك القانون للوالدين حق تنظيم رؤية صغيرهما اتفاقاً ، بـأن يحـددا مكان رؤيته وزمان هذه الرؤية حتى يكون أمرها ميسراً لهما وألا يضـار أحدهما بصغيره ، فإذا تعذر عليهما تنظيم رؤيته – مكاناً أو زماناً – كان لهما أو لأحدهما أن يلجأ إلى القضاء لتنظيم هذا الحق وتحديد زمانه ومكانه .

---

[١]) سورة البقرة .

يجب أن تكون رؤية الصغير فى مكان لا يضره نفسياً . وقد نظم الفقهاء حق رؤية الصغير ، ولم يطلقوه . وقد جرى القضاء على تحديد موعد الرؤية كل أسبوع مرة قياساً على ما نص عليه الفقهاء من أن لوالدى الزوجة زيارتها كل جمعة وليس للزوج منعهما من ذلك ، إلا أن شارح الدر نقل فى باب الحضانة عن الحاوى ما يأتى " له أخراجه إلى ماكن يمكنها أن تبصر ولدها كل يوم كما فى جانبها " أى أن لكل من الوالدين إخراج الصغير أو الصغيرة ليراه الأخر كل يوم . وهذا أرفق بالأم ، قال صلى الله عليه وسلم " لا توله والدة على ولدها " .

فى تحديد مكان رؤية اشترط النص أن يتم فى مكان لا يضر بالصغير أو الصغيرة نفسياً . وكان مشروع قانون الأسرة فى مادته ٢/٢١٦ قد نص على " ألا تكون أمكنة الشرطة " وجاء بالمذكرة الإيضاحية أن المشرع آثر تنظيم أحكام الرؤية فمنع أن يكون مقر الشرطة مكاناً للرؤية حتى لا يبقى مجالاً لأى شوائب فى نفسية الطفل ، وترك للقاضى تحديد المكان المناسب بحسب ما يظهر له من الظروف والملابسات إذا لم يتفق الطرفان على مكان معين " وهذا المنع بالنسبة لمقر الشرطة كمكان للرؤية ليس وارداً بنص فى المادة ٢٠ من القانون . ومن ثم فقد ترك النص للقاضى مراعاة ظروف الطرفين (الأب والحاضنة) أو صاحبى حق الحضانة ، والملابسات المحيطة بهما ، عند تعيين المكان لرؤية الصغير ، وليس هناك ما يمنع من أن يكون مقر الشرطة مكاناً لرؤية الصغير ، حتى يكون الطرفان والصغير فى مأمن وقت رؤية أحد أبويه له ، وأن يطمئن الحاضن لعودة الصغير إليه دون نزاع من الطرف الآخر ، ولا يمنع من هذا ما ورد فى المذكرة الإيضاحية للنص من قول " بشرط ألا يتم فى

مكان يضر بالصغير أو الصغيرة نفسياً كأقسام الشرطة ، لأن المذكرة الإيضاحية لا تقيد النص .

تنظيم رؤية الصغير – عند تعذرها اتفاقاً – يكون بقرار من القاضي ، وليس بحكم ، ولذلك يجوز لصاحب الحق في رؤية الصغير – عند الحاجة – أن يلجأ إلى القاضي بطلب على عريضة – وليس عن طريق الدعوى – حتى لا يتعطل حق الرؤية ، ولا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده – إذا كان تنظيم هذا الحق بحاجة إلى حكم يصدر في دعوى وإجراءات تقاضي يطول أمدها ويصير حق الرؤية بذلك محفوفاً بالمكايدة ، فيمنع الحاضن الصغير عن أبيه أو عن أمه انتظارا لصدور حكم ، وفي هذا مشقة ، ومضرة على حق صاحب الرؤية ، وعلى حق الصغير في رؤية أحد أبويه . وقد نصت المادة ٢٩٢ من قانون العقوبات على أن " يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنة أو بغرامة لا تزيد على خمسين جنيهاً مصرياً أي الوالدين أو الجدين لم يسلم ولده الصغير أو ولد ولده إلى من له الحق على قرار من جهة القضاء صادر بشأن حضانته أو حفظه " .

وعلى هذا الأساس إذا تعذر تنظيم رؤية والدي الصغير له اتفاقاً . فإن القاضي ينظم هذه الرؤية على النحو التالي :

١) إذا ثار نزاع حول رؤية الصغير أثناء الدعوى – دعوى الحضانة – ينظم القاضي طريقة الرؤية بقرار منه ويحدد فيه الزمان والمكان الذي تتم فيه رؤية الصغير ، ويشترط ألا يضر المكان بالصغير أو الصغيرة مادياً ونفسياً . وقرار القاضي في شأن الرؤية ا ينفذ جبراً على من بيده الصغير أو الصغيرة ، فإذا امتنع عن تنفيذه كان لهذا الامتناع أثر في الحكم بالحضانة لمن يكون بيده الصغير ، إذ يجوز للقاضي في هذه الحالة أن

يرفض دعواه الحضانة أو أن يحولها مؤقتاً إلى من يليه من أصحاب الحقوق فى الحضانة لمدة يقدرها القاضى .

٢) إذا كان الصغير - أو الصغيرة - فى يد الحاضن يكون لمن له حق رؤية الصغير أن يطلب رؤيته إما بطلب مؤقت من قاضى الأمور الوقتية باعتبار أن هذه الرؤية قد يكون لها من الاستعجال ما يبرر الالتجاء إلى الطلب المؤقت ، وفى هذه الحالة يصدر القاضى أمره الوقتى على عريضة ، ويكون تنفيذ هذا الأمر المؤقت غير قهرى أيضاً . وأما أن يلجأ من له حق الرؤية إلى القاضى بطريق الدعوى ، فإن صدر له حكم بالرؤية ، فإن تنفيذه لا يتم قهراً أيضاً وإنما يعلن به من بيده الصغير فإذا امتنع عن تنفيذ هذا الحكم - بغير عذر - كان لصاحب حق الرؤية أن يعود لقاضيه لينذر الحاضن ، وإن تكرر امتناعها عن تمكين صاحب الرؤية من رؤية صغيره عاد إلى القاضى الذى يجوز له بحكم واجب النفاذ نقل الحضانة إلى من يلى الحاضن من أصحاب الحقوق فيها لمدة يقدرها القاضى .

إذا سقطت حضانة الأم وأخذ الأب صغيره ، فإنه لا يجبر على أن يرسله لها لتراه ، بل هى إذا أرادت أن تراه لا تمنع من ذلك .

مدة الرؤية

لم يحدد الفقهاء مدة رؤية الصغير بأسبوع إلا للأم ، ولم يعثر لهم على تحديدها بأسبوع لغيرها ، وتمثيلهم بالأم دائماً فى المدة بأسبوع قرينة على أن غيرها ممن له حق الرؤية ليس له حق الرؤية أسبوعياً كالأم لوفرة شفقتها وحاجة الصغير إليها . أما غير الأم فقد اختلف الفقهاء فى المدة فحددها بعضهم بشهر أو بسنة ، والراجح تحديدها بشهر حتى لا تنقطع الصلة بطول المدة بين الصغير ووالده أو صاحب الحق فى رؤيته ،

وقاضي الدعوى هو الذى يتولى تقدير ذلك مسترشداً بالظروف والملابسات بين طرفى النزاع .

الحاضنة الأم لها أن تنتقل بالصغير بشرط أن يكون انتقالها إلى مكان يمكن والده أن يراه فى نفس اليوم ، حتى لا يتكلف الأب مشقة الانتقال بسبب صغيره .

إذا سقطت حضانة الأم ، ولم يكن ثمة حاضن غيرها يستحق الحضانة وانتقل الصغير إلى أبيه – أو لغيره من العصابات – كان له أن يسافر به إلى أن يعود حق الأم فى الحضانة ، كأن تكون قد تزوجت بأجنبى عن الصغير ثم طلقت منه . وقيد البعض سفر الأب فى هذه الحالة بأن يكون فى مكان يمكن الأم أن تبصر ولدها كل يوم ، وقال ابن عابدين أن هذا أرفق بالأم . أما إذا كان هناك من يستحق الحضانة غير الأم فينبغى ألا يكون للأب أو غيره السفر بالصغير ، بل ينتقل الحق فى حضانته إلى من يلى الأم من الحاضنات .

المطلقة إذا انقضت عدتها لا حق لها فى الانتقال بالصغير من بلد أبيه إلى بلد أخر بعيد عنه ، أما إذا انتقلت إلى بلد هو وطنها عقد عليها فيه ، وكلن من الممكن انتقال الأب إليه لرؤية صغيره ، ففى هذه الحالة يجوز لها الانتقال بالصغير .

وهذا الحكم – عدم جواز الانتقال بالصغير إلى مكان بعيد – إنما هو خاص بالمطلقة والأب ، فقد جاء فى ابن عابدين جزء ٢ فى باب الحضانة ما يأتى " سئل العلامة مثلا التركمانى عن يتيم فى حضانة أمه له جد لأب وتريد أمه السفر به من بلدها التى تزوجت فيها إلى بلدة أخرى فهل لجده منعها ؟ أجاب أن الواقع فى كتب المذهب متونا وشروحا تقييد المسألة

بالمطلقة والأب ، ولم نر من أجراها فى غيرهما ، ومفادة أن الجد ليس له منعها . أم غير الأم من الحاضنات فليس لها الانتقال من بلد إلى بلد أخـر إلا بإذنه إلا أن الفقهاء لم يرتبوا على مخالفة هذا النهى شرطاً جزائياً .

ونهى الحاضنة غير الأم عن الانتقال بالصغير إلا بإذن أبيه – روعى فيه مصلحة الولد فقط أى أن هذا حقه هو دون غيره بدليل احتياجه إلى إذنـه هو ولو كان الانتقال من مصر إلى قرية أو عزبة ، ولو كان للصغير حق فى هذا الانتقال لقيد أذنه بالمصلحة .

ما ورد فى الفقرة الرابعة من المادة ٢٠ من القول " ولا ينفذ حكم الرؤيـة جبراً " ليس المقصود به تنظيم الرؤية التى تتم بمعرفة القاضـى . إنمـا المقصود هو الحكم الذى يصدر فى دعوى الرؤية التى يحرمها الحاضـن صاحب الحق فيها ، فيلجأ إلى القاضى بدعوى طالباً إثبات حقه فى رؤيـة صغيره التى ينكرها الحاضن عليه ، فإذا صدر حكم فى هـذه الـدعوى ، فهذا هو الحكم الذى لا ينفذ " جبراً " إذا امتنع من بيده الصغير أو الصغيرة عن تنفيذه بغير عذر . فالمحضر لا يجبر الحاضن على اخراج الصـغير ليراه صاحب الحق فى الرؤية ، وإنما عليه – إذا امتنع من بيده الصـغير عن تنفيذ الحكم بمجرد إعلانه إليه – أن يثبت ذلـك بـالإعلان وأسـباب الامتناع .

ويكون لصاحب حق الرؤية – عند عدم تنفيذ الحكم الصادر بها – أن يلجأ إلى القاضى – بطلب على عريضة – طالباً إنـذار مـن بيـده الصـغير بضرورة تمكين صاحب الحق من حقه ، ويصدر القاضـى أمـره علـى العريضة – بالتصريح بإنذار من بيده الصغير – وعلـى طالـب الرؤيـة إعلان الأمر لمن بيده الصغير ، فإن تكرر امتناعه عن تنفيذ حكم الرؤيـة

كان لصاحب الحق من يلى الحاضن ٠ الممتنع عن تنفيذ حكم الرؤية – من أصحاب الحق فى الحضانة لمدة يقدرها القاضى .

والحكم الذى يصدر فى الدعوى بنقل الحضانة حكم واجب النفاذ فوراً بمجرد صدوره ، إلا أن نقل الحضانة بناء على طلب صاحب الحق فى الرؤية أمر جوازى للقاضى ، فيجوز له أن يحكم بنقل الحضانة مؤقتاً ، ويجوز له أن يعيد إنذار من بيده الصغير لتنفيذ حكم الرؤية .

هذا ويلاحظ أن المشرع فى المادة ٢٠ من القانون تعرض لحق رؤية الصغير ، وقرره للأبوين ثم للجدين عند عدم وجود الأبوين . وهذا الحق لم يرد به نص قبل صدور القانون رقم ١٩٨٥/١٠٠ ، وكان العمل جارياً على الرأى الراجح من مذهب الإمام أبى حنيفة . غير أن نصوص القانون لم تحسم حق الرؤية والخلاف الذى يثور بشأنه ، فبعد تقرير هذا الحق كثرت إجراءاته على النحو التالى :

١) افترض المشرع تعذر تنظيم الرؤية اتفاقاً ، فيلجأ صاحب الحق فيها إلى القاضى ليتولى هو تنظيمها فى مكان وزمان لا يضر بالصغير نفسياً . ويصدر حكماً بذلك .

٢) نص القانون على عدم تنفيذ حكم الرؤية قهراً ، ومن ثم أفقد الحكم قوته ، وأعطى من بيده الصغير الفرصة لعرقلة الرؤية . فالحكم الصادر بها لا ينفذ .

٣) افترض النص أن من بيده الصغير قد يمتنع عن تنفيذ الحكم بغير عذر ، وفى هذه الحالة يلجأ صاحب الرؤية إلى القاضى مرة ثانية .

٤) يقوم القاضى بإنذار من بيده الصغير ، وهذا إجراء جديد ، وله مدة لاتخاذه .

٥) ورغم الإنذار الذى يأمر به القاضى ، افترض النص أن من بيده الصغير لا ينفذ حكم الرؤية ، فيعود صاحب الحق فيها إلى القاضى مرة ثالثة طالباً رؤية صغيره ، بتنفيذ الحكم .

٦) بعد هذه الإجراءات الطويلة يجوز للقاضى – بحكم يصدره – واجب النفاذ نقل الحضانة مؤقتاً إلى من يلى بيده الصغير .

رغم هذه الإجراءات الطويلة التى نص عليها المشرع – لا لشئ إلا لكى يمنع تنفيذ حكم الرؤية جبراً – فإن صاحب رؤية الصغير لا يرى صغيره ، لأن المشرع لم يحسم النزاع بين الأبوين بنص حاسم ، بل عقد الأمور وأطال الإجراءات ، وقد شهدنا ذلك عملاً فى دور القضاء ، ففى طلب الرؤية يصدر القاضى حكماً بتنظيمها ثم ينذر من بيده الصغير ، ثم يصدر حكماً ثانياً ، وينتهى الأمر بألا يرى الأب أو الجد صغيره ، فالحكم الثانى رغم صدوره " جوازياً من القاضى يكون بنقل الحضانة مؤقتاً إلى من يلى صاحب الحق فيها ، وليس فى هذا الحكم ما يفيد تمكين صاحب الحق من حقه ، بل بالعكس فقد تمتنع الحاضنة الثانية – وهى أم الأم أو خالة الصغير – من تمكين صاحب الرؤية من رؤية صغيره ، فيضطر إلى اتخاذ إجراءات جديدة وهكذا . ويكون نص المادة ٢٠ قد عقد الأمر على صاحب رؤيته ولذلك يتعين أن يكون النص فيه من الردع ما يكفى لتنظيم الحق . وأرى أن تصاغ الفقرتان الثالثة والرابعة من المادة ٢٠ على النحو التالى :

" إذا تعذر تنظيم الرؤية اتفاقاً نظمها القاضى بأمر على عريضة فى مكان وزمان لا يضران بالصغير " .

" وإذا امتنع من بيده الصغير عن تنفيذ هذا الأمر سقط حقه فى الحضانة ، ويكون للقاضى نقلها بأمر بأمر منه إلى من يليه من أصحاب الحق فيها ويلزمه بتمكين صاحب حق الرؤية من رؤية صغيره وإلا سقطت حضانته " .

وبهذا النص يضع المشرع حداً للتلاعب بالأحكام ، ويمنع المشاكس من الطرفين من الاستمرار فى حجب الصغير عن صاحب حق رؤيته . فإذا علم من بيده الصغير أن تلاعبه فى حق الرؤية مؤد لا محالة إلى سقوط حقه فى الحضانة بادر على الفور بتسهيل إجراءات الرؤية ، وبهذا النص أيضاً يمتنع التنفيذ جبراً ، كما يسهل استصدار أمر القاضى على عريضة بدلاً من الإجراءات الطويلة لرفع الدعوى والحكم فيها .

أحكام القضاء فى رؤية الصغير

رؤية الصغير حق ثابت لكل من والديه شرعاً ، وفى حرمان أحدهما من ذلك ضرر منهى عنه بعموم النص الكريم " لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده " ولا يجبر من فى يده الصغير بحق على نقله إلى الآخر ليراه ، إلا أنه لا يمنعه من ذلك . جاء فى أحكام الصغار " إذا كان الغلام عند الأم فليس لها أن تمنع الأب من تعهدهما ، وإذا صار إلى الأب فليس له أن يمنع الأم من تعهدهما والنظر إليهما " . وفى السراجية " إذا سقطت حضانة الأم وأخذه الأب لا يجبر على أن يرسله لها ، بل هى إذا شاءت أن تراه لا تمنع من ذلك " [1] .

---

[1]) مبادئ القضاء فى الأحوال الشخصية ص٦٢٣ .

حق الرؤية من جانب الأم مترتب على وصف كونها أماً ، وعلى الرفق بها . ولذلك لم يرتب الفقهاء حق الرؤية بالنسبة لها على وصف العصبة . حق الرؤية لا يصح أن يؤخذ ذريعة للإخلال بحق الحضانة ولإنقاص هذا الحق رؤية الصغير حق شرعى للأب فله أن يرى ابنه الصغير فى أى وقت يشاء ، ولا يصح للحضانة منعه من ذلك ، لأن الطفل فى حاجة شديدة إلى رعاية والده ومن الظلم أن يحرم الولد من أبيه أو يحرم الأب من رؤية ولده مع ما هو مفطور عليه من الشفقة والحنو عليه .

أثبت النص للأجداد الحق فى رؤية الصغير والصغير عند عدم وجود الأبوين باعتبارهم من الآباء .

بين النص أصحاب الحقوق فى الحضانة على الترتيب الوارد به .

١) الأم . تثبت الحضانة للأم النسبية ، لأن حق الحضانة يستفاد من جهتها ، فهى أحق بحضانة الصغير وتربيته سواء حال قيام الزوجية أو بعد الفرقة . إذا اجتمعت فيها شرائط أهلية الحضانة ، أما الأم الرضاعية لا يثبت لها هذا الحق . وقد روعى تقديم الأم وقرابتها استجابة للغريزة الطبيعية المتحققة فيها من حيث الشفقة على الصغير ، والرأفة به والناية بصحته ونظافته .

ولذلك نص الفقهاء على عدم جواز نقل الأب للصغير الذى فى سن الحضانة عن بلد الأم بلا رضاها ما بقيت حضانتها سواء كان المكان المنقول إليه الصغير بعيداً أم قريباً بحيث يمكنها أن تبصره فيه ثم ترجع إليه فى اليوم نفسه ، وعللوا ذلك بأنه إذا كان لها الحضانة يمنع من أخذه منها فضلاً عن إخراجه من محل إقامتها ، كما ورد المنع من إخراج الصغير من بلد الأم الحاضنة ولو قام بالأم مانع من الحضانة قبل تجاوز

سن الحضانة ، فقد جاء فى الشرنبلالية ما نصه " وكذا لا يخرج الأب من محل إقامته قبل استغنائه وإن لم يكن لها حق الحضانة لاحتمال عودته بزوال المانع " وقال ابن عابدين لو خرج الأب بالصغير مع أمه ثم ردها ثم طلقها فعليه رده ، وعلل ذلك بأنه وإن خرج الأب بالصغير مع أمه ثم ردها ثم طلقها فعليه رده ، وعلل ذلك بأنه وإن أخرجه بإذنها لكنها لما خرجت معه لم تكن راضية بفراقه فإذا ردها وحدها ثم طلقها لزمه رده إليها . فإذا أدعى الأب أنه أحضر الأم لغرض ما وامتنعت من الانتقال معه إلى بلده ، فأقصى ما ينسب إلها أنها عاصية إذا كان قد أوفاها عاجل صداقها وتكون ناشزاً وليس نشوزها بمانع لها من الحضانة . وإلا من موانعها ولا قائل به ، فقد نص على أن نشوز الزوجة غير مانع لها من حضانة صغيرها ، وغير مبيح للأب فصله عنها ، فقد نص فى الفتاوى الهندية على أن " الأم أحق بالحضانة قبل الفرقة وبعدها ، ونشوز الزوجة لا يسقط حق الحضانة ، وتؤمر الزوجة بطاعته حيث كان قائماً بحقوق النكاح الشرعية . وهذا النص صريح فى أنه لا يجوز للأب أن يباعد بين الأم وولدها مدة الحضانة وأن يسلخه عنها ، بل تكون البنت والولد كلاهما تابع لأمه فى مدة الزوجية وإذا أراد ضم البنت إليه فعليه أن يضمها بضم أمها إليه بدعواها إلى الدخول فى طاعته فى سكنه الشرعى متى أوفاها حقوقها . أما أن يريد الأب أخذ الصغير من أمه فقد فوت عليها حق رؤيتها وحق حضانتها ، لو أجيب الأب إلى طلبه وهو ظلم كبير يلحق الأم والظلم مرفوع بالنص ، ولا يقال أن للأب حق وهو ظلم كبير يلحق الأم والظلم مرفوع بالنص ، ولا يقال أن للأب حق فى رؤية الصغير لحق أمه فلا يصح بقاؤه بعيداً عنه ، لأنه هو الذى فوت على نفسه إحضار الأم إليه

وقيامها معه بعدم إيفائها حقها وأخذها فى طاعته ، ويجعل انتقاله بالصغير على قصد العنت والتحكم فى الأم بنزع الصغير منها بدون مبرر ، فالمانع جاء من قبل الأب لا من قبل الأم فيتحمل الأب تبعته .

٢) أم الأم . إذا ماتت الأم أو أسقطت حقها فى الحضانة ، أو تزوجت بأجنبى عن المحضون . أى لم تكن أهلاً للحضانة ، يأتى دور أم الأم لأن حق الحضانة يستفاد من قبل الأم فيعتبر الأقرب فالأقرب من جهتها ويقدم المدلى بالأم إلى أم الأم على المدلى بالأب عن اتحاد المرتبة – ولذلك تنتقل الحضانة من الأم إلى أم الأم وإن علت . وقد اشترط الأحناف عدم أهلية القربى – من أمهات الأم – لأن أم الأم البعيدة لا حق لها إذا كانت أم الأم القريبة ذات أهلية للحضانة ، وفى ذلك يقول الخصاف إن أم أبى الأم لا تكون بنزلة قرابة الأم من قبل أمها . وكذلك كل من كان من قبل أبى الأم . وسبب ذلك أن الحق فى الحضانة يكون لقرابة الأم من الصغير ، ولذلك تؤخر أم أبى الأم .

المنصوص عليه شرعاً أن حق الحضانة بعد سقوط حق الأم لأم الأم ، وأنها فى ذلك مقدمة على الجدة لأب ما دامت أهلاً للحضانة ، وأن حق الجدة أب إنما يصير إذا سقط حق الجدة لأم ، وان حق الضم لا يصير لأم الأب مع قيام حق أم الأم إلا إذا كان الأب معسراً وطلب سقوط الأجرة عنه وخيرت الجدة لأم فعلاً بين إمساك الصغير مجاناً وبين تركه للمتبوعة ، وامتنعت . أما إذا كان الأب موسراً فلا محل لتخيير القريبة مراعاة لحق الصغير مع يسار الأب .

٣) أم الأب وإن علت ، بشرط عدم أهلية القربى ويؤجر عنها أم أبى الأم .

٤) الأخوات الشقيقات والأخوات لأم . والمقصود بهن أخوات الصغير ، لأن قرابة الأب وأن كانت لا مدخل لها فيما يعتبر – وهو الإدلاء بالأم – لكنها تصلح للترجيح . وتثبت الحضانة للأخت لأم لقرابة الأم .

٥) الأخوات لأب ، وهن أخوات الصغير – أو الصغيرة – لأبية .

٦) بنت الأخت الشقيقة للصغير أو الصغيرة .

٧) بنت الأخت لأم الصغير أو الصغيرة .

٨) الخالات . المقصود بهن خالات الصغير أو الصغيرة .

ويكون ترتيب شقيقة الأم عن الخالة أخت الأم ثم الخالة أخت الأم لأب .

٩) بنت الأخت لأب الصغير أو الصغيرة .

١٠) بنت الأخ بالترتيب المتقدم أى بنت الأخ الشقيق للصغير أو الصغيرة ثم بنت الأخ لأم ثم بنت الأخ لأب .

١١) العمات بالترتيب المذكور فى النص فتقدم العمة الشقيقة ثم العمة لأم ، ثم العمة لأب . والمقصود هنا عمات الصغير أو الصغيرة .

١٢) خالات الأم بالترتيب المذكور بالنص ، فتقدم خالات الأم الشقيقات ثم لأم ثم لأب .

١٣) خالات الأب بالترتيب المذكور بالنص ، خالات الأب الشقيقات ثم لأم ثم لأب .

١٤) عمات الأم . فتقدم العمات الشقيقات ثم لأم ثم لأب .

١٥) عمات الأب بالترتيب المذكور .فتقدم الشقيقات ثم لأم ثم لأب .

إذا لم توجد حاضنة من النساء السابق ذكرهن ، أو وجدت ولم تكن أهلاً للحضانة ، انقضت مدة حضانة النساء . وفى هذه الحالات ينتقل الحق فى الحضانة إلى العصبات من الرجال ويكون ترتيبهم فى حق الحضانة بحسب

ترتيبهم فى الاستحقاق فى الإرث . ويراعى أن يتقدم الجد الصحيح على الأخوة عموماً أشقاء أو الأب .

العاصب شرعاً كل من حاز جميع التركة إذا انفرد أو حاز ما أبقته الفارئض ، فإذا كان لا يستحق فى التركة بسبب وجود غيره الذى يسبقه فى الاستحقاق قدم هذا الغير عليه فى حق الحضانة .

والعصبات من الرجال مقدمون على ذوى الأرحام الذكور .

وترتيب العصبات

١) الأب .

٢) الجد الصحيح – أبو الأب وغن علا ويقدم على الأخوة .

٣) الأخ الشقيق ثم بنوه ومن سفل من أولادهم .

٤) الأخ لأب ثم بنوه ومن سفل من أولادهم .

٥) العم الشقيق للأب ، ثم العم لأب ثم بنوه كذلك .

إذا تساوى المستحقون للحضانة فى درجة واحدة يقدم أصلحهم ثم أروعهم ثم أكبرهم سناً . ويشترط فى العصبة اتحاد الدين مع الصغير .

وبالنسبة لابن العم – إذا كانت الصغيرة مشتهاه ففى المسألة خلاف :

قبل ابن العم لا حق له فى ضم الجارية مطلقاً وأن للقاضى دفعها إلى أجنبية ، ولو كان ابن العم مأموناً ما دام القاضى يرى المصلحة فى ذلك .

وقيل إذا كان مأموناً له ضم الصغيرة المشتهاة ، قال صاحب التحفة " وإن لم يكن لجارية غير ابن العم ، فالاختيار للقاضى إن رآه أصلح ضمها إليه ، وإلا وضعها عند يد أمينة .

والرأى الأول أرجح لأن ابن العم غير محرم ، وأنه لا حق لغير المحرم لأنه إذا ثبتت له حضانتها كانت عنده إلى أن تنتهى ، وحينئذ تقع الفتنة .

إذا لم توجد عصبة مستحقة للحضانة ، أو وجد من ليس أهلاً لها ، بأن كان فاسقاً أو غير مأمون ، فلا يسلم إليه المحضون بل يدفع لذى رحم محـرم منه على الترتيب التالى :

١) الجد لأم .

٢) الأخ لأم .

٣) ابن الأخ لأم .

٤) ثم العم .

٥) الخال الشقيق .

٦) الخال لأب .

٧) الخال لأم .

ولا يحق لبنات العم والعمة والخال والخالة الذكور ، ولهـن الحـق فـى حضانة الإناث .

ولا يحق لبنات العم والعمة والخال والخالة حضانة الإناث ، وإنما لهم حق حضانة الذكور .

هذا ويلاحظ أن النص قد أسرف فى ترتيب الحضانات ، وذهب بالحضانة بعيداً عن الأم لأم الأم ، والأب وأم الأب فى زمن تعمل فيه النساء وتترك كلا منهن صغيرها فى دور الحضانة . فبنت الأخت لأم ، وبنت الأخـت لأب ، وغيرهن كثيرات ورد ذكرهن فى النص لا يقبل عقلاً أن يعهد إليهن فى هذا الزمن بحضانة الصغير والصغيرة ، وأن يتركن أعمـالهن لهـذه الحضانة . ولذلك فالترتيب الوارد بالنص ليس عملياً فى زماننـا هـذا ، وليس مؤدياً فعلاً إلى ما هو أصلح للصغير والحضانة مرادها نفعـه فـلا يمكن أن ننكر على الأب بعد الأم عطفه على صغيره وشفقته عليه . ولذلك

يكون من الأوفق أن ننظر إلى الحضانة بترتيب يسير من الزمن الذى نعايشه فتكون الحضانة للأم وأم الأم ثم أم الأب والأب بعدها مباشرة . وفى ذلك نرى الحنابلة يقولون أن الأم تقدم على الجميع فى الحضانة ثم أمهاتها القربى فالقربى ، ثم بعدهن يأتى دور الأب ثم أمهاته ثم الجد أب الأب ثم أمهاته ثم جد الأب ثم أمهاته [1] . وهذا رأى الفقه يساير الواقع – عملاً – فى زماننا ، فالأم وأمها والأب وأمه أولى بالصغير والصغيرة من سائر الحاضنات الواردات بالنص .

ترتيب الحاضنات عند المالكية

يقول المالكية إن الحضانة مرتبة بحسب الحنان والرفق بالمحضون ، والأم لما فيها من حنان ورفق أحق من الأب فى الحضانة ، وقراباتها – من بعدها – أحق من قرابة الأب على المشهور فى المذهب ، فإذا لم تكن الأم – أو كان لها زوج – فأمها جدة الغير لأمه . فإن لم تكن فأم أمها – أى جدة أم الصغير ، أو أم أبيها – وهى أم أب أم المحضون ، فإن اجتمعتا فأم الأم أحق من أم الأب . فإن لم تكن واحدة منهما فأم أم أمها ، أو أم أم أبيها ، أو أم أبى أمها ، فإن اجتمع الأربع فأم أم الأم ، ثم أم أب الأم وأم أم الأب بمنزلة سواء .

وبعد أقرباء الأم يأتى أقرباء الأب ، وعلى هذا الترتيب أمهاتهن ما علون ، فإن لم تكن واحدة منهن فأخت الأم وهى الخالة ، فإن اجتمعت أخت الأم لأبيها وأمها – أى الأخت الشقيقة للأم – مع أختها لأبيها وأختها لأمها ، فالشقيقة أولى ، ثم التى للأم ، ثم التى للأب ، لأن الأم أمس رحماً . فإن لم تكن منهن واحدة فأخت الجدة – وهى خالة الأم ، وخالة الخالة – فإن

---

[1]) كشف القناع جزء ٣ ص٣٢٦ والمغنى لابن قدامه جزء ٩ ص٣٠٧ .

اجتمع أخت الجدة لأبيها وأمها وأختها لأمها وأختها لأبيها ، قدمن الشقيقة ثم التى للأم ، ثم التى للأب ، لأن الأم أمس رحماً من الأب . فإن لم تكن واحدة منهن وأخت الحد للأم ، وهى عمة الأم وعمة الخالة ، فإن اجتمع أخت الحد الأم – لأبيه وأمه – وأخته لأمه ، وأخته لأبيه ، فالشقيقة أولى ، ثم التى للأم ثم التى للأب . وعلى هذا الترتيب ما بعد من النسب من الأم وارتفع . وإذا انقطعت قرابات الأم ، فهناك رأى عند المالكية أن الأب أحق بحضانة صغيرة من جميع القرابات ، لأنهن إنما يدلين به ، فهو أحق منهن . وقيل إن قرابات الأب من النساء أحق بالحضانة منه ، وإن كن يدلين به ، لأنه لا يحضن بنفسه ، وإنما يستنبت فى الحضانة غيره من النساء ، فقرابته منهن أحق . وهناك من جعل بعض قراباته من النساء أحق منه ، وهو أحق من بعض ، فجعل الجدات من قبله أحق منه ، وجعله أحق من سائر القرابات .

ترتيب قرابات الأب من النساء فى الحضانة عند المالكية

روى ترتيب قرابات الأب من النساء – فى باب الحضانة – نفس ترتيب قرابات الأم . فأحق قرابات الأب أمه – فإن لم تكن أو كان لها زوج – فأم أمه ، أو أم أبيه ، فإن اجتمعتا فأم أمه أحق من أم أبيه ، فإن لم تكن واحدة منهما ، فأم أم أمه ، أو أم أم أبيه ، أو أم أم أبى أبيه ، أو أم أم أبى أمه ، فإن اجتمع جميعهن فأم أم أمه أولى ، ثم أم أبى أمه ، وأم أم أبيه ، بمنزلة سواء ، ثم أم أم أبى أبيه ، وعلى هذا الترتيب يكون أمهاتهن ما علون ، وإن لم تكن واحدة منهن فبنت الأبوين أو بنت أحدهما وهى الأخت ، فإن

اجتمع الأخوات فالشقيقة أحق ثم التى للأم ، ثم التى للأب ، فإن لم تكن فأخوات الأب وهن العمات ... إلخ [1]

ترتيب العصبات فى الحضانة عند المالكية

الأخ ثم الجد ثم ابن الأخ ثم العم – وهكذا مع ملاحظة ترتيب حضانة العصبات عند المالكية لا يجرى على قاعدة ميراث المال .

ترتيب الحضانات عند الحنابلة

الأم ثم أمهاتها القربى فالقربى ، فهى فى معنى الأم ، والقربى أكمل شفقة من البعدى . ثم بعد الأم وأمهاتها تثبت الحضانة للأب ، فهو أقرب من غيره مثل شفقته ، ثم من بعد الأب أمهات الأب القربى فالقربى ، ثم من بعدهن الأخوات لأنهن يشاركن فى نسب المحضون ، وتقدم الشقيقة قوة قرابتها ، ثم التى للأم ، ثم التى للأب ، ثم بعدهن الخالة ثم العمة ... ، والذى نراه فى ترتيب الحواضن أن الفقهاء وضعوا قواعد رتبوا الحواضن على أساسها ، فهم جميعاً على حق فى اعتبار الأم أولى الحاضنات ، ثم أمها ثم أم الأب اعتبار الشفقة والحنان ، والقرب من المحضون ، أما زاد عن ذلك فى البعد ، فإن الإعتبارات العملية تنافيه ، لأن الحضانة ليست الزاماً على الحاضن فى الشرع ، ولذلك يترك أمر اختيار الحاضنة بعد من ذكر إلى الأب – أو العصبية من بعده – فهو الأدرى بمن هو أشفق على صغيره ويكون أمر الاختيار هذا تحت رقابة قاضى الموضوع ، وهذا لا يكون إلا بالنص عليه فى القانون .

---

[1]) راجع مقدمات ابن رشد ص٤٣٨ وما بعدها .

الفصل السابع

الطلاق ومسكن الحضانة

إذا وقع الطلاق بين الزوجين - وبينهما صغار فى سن الحضانة - فإن المنازعة بينهما قد تثور بشأن من منهما يختص بالسكنى بمسكن الزوجية ، هل تنفرد المطلقة الحاضنة وصغارها بالسكنى فى هذا المسكن ، أم ينفرد به المطلق .

تعرض الفقهاء لسكنى الحاضنة فقال الأحناف " إن من لها إمساك الولد ، وليس لها مسكن ، فعلى الأب سكناها جميعاً (ابن عابدين جزء ٢ باب الحضانة) .

والمالكية لهم فى سكنى الولد مدة الحضانة أقوال أربعة - أحدها وهو القول المشهور عندهم والمعمول به والمذكور فى المدونة وغيرها أن الأب يلزمه كراء مسكن الحضانة ، ولكن لا يكون عليه من الكراء إلا ما يخص المحضون حسب اجتهاد الحاكم - أى تقدير القاضى - أما ما يخص الحاضنة فلا يلزم الأب به . والقول الثانى - أن الكراء كله على الأب ، ولا يلزم الحاضنة منه شئ - وهذا القول يتفق مع مذهب الحنفية . وهو الراى الراجح ، لأنه لا وجه لإلزام الحاضنة بشئ من أجرة المسكن مع إلزامها بالإقامة فيه مع المحضون لرعايته والقيام على شئونة .

تدخل المشرع بالمادة ١٨ مكرراً ثانياً من القانون ١٩٢٩/٢٥ ليبين أحكام سكنى المحضون بعد ووقوع الطلاق من الزوج على الزوجة وبينهما " محضون ولداً أو أنثى " فنصت المادة على أنه " على الزوج المطلق أن يهيئ لصغاره من مطلقته ، ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب ، فإذا لم

يفعل خلال مدة العدة ، استمروا فى شغل مسكن الزوجية المؤجر – دون المطلق – مدة الحضانة "

" وإذا كان مسكن الزوجية غير مؤجر ، كان من حق الزوج المطلق أن يستقل به إذا هيأ لهم المسكن المستقل المناسب بعد انقضاء مدة العدة " .

" ويخير القاضى الحاضنة بين الاستقلال بمسكن الزوجية ، وبين أن يقدر لها أجر مسكن مناسب للمحضونين لها " .

" فإذا انتهت مدة الحضانة ، فللمطلق أن يعود للمسكن مع أولاده ، إذا كان من حقه ابتداء الاحتفاظ به قانوناً "

" وللنيابة العامة أن تصدر قراراً فيما يثور من منازعات بشأن حيازة مسكن الزوجية المشار إليه حتى تفصل المحكمة فيها "

***

مسكن الحضانة قبل صدور المادة ١٨ مكرراً ثانياً

الرأى عند الأحناف أنه إذا لم يكن للحاضنة مسكن تحضن فيه الولد ، وجب لها أجرة مسكن ، ويعتبر هذا من أجرة الحضانة التى تستحقها ، فإذا كان لها مسكن تسكن فيه ، ويمكنها أن تحضن فيه الولد ، ويسكن فيه تبعاً لها ، فلا تستحق أجرة مسكن حضانة مع أجرة حضانتها [١] . وقد قضى المنصوص عليه شرعاً أن من لها إمساك الولد ، وليس لها مسكن مع الولد يكون على الأب سكناً وسكنى الولد ، ومنه يتبين أن السكنى واجبة لكل من الحاضنة والمحضون للحاجة وما دامت الحاجة قائمة فالوجوب مستمر [٢] . وقضى أيضاً بأن الحكم الشرعى أن الحاضنة تكون لها أجرة مسكن تمسك فيه الصغير إذا لم يكن مسكن تسكنه ، ومعنى هذا أن الحاضنة إذا

---

[١]) الدر المختار ورد المحتار جزء ٣ ص٥٦٢ .
[٢]) ق ١٩٥٢/٢١٤١ شرعى ميت غمر .

كان لها حق السكنى بسبب من الأسباب الشرعية ، كحق السكنى فى بيت موقوف عليها أو مملوك لها ، أو واجب لها على زوجها ، أو على من تجب نفقته عليه ، فلا يكون لها فى هذه الحالة أجرة مسكن تمسك فيه الصغير شرعاً [١] . كما قضى بأنه قد ذكر فى ابن عابدين بالنسبة لأجرة مسكن الحضانة أن الأوجه لزوجها على من تلزمه نفقة الصغير ، ولكن هذا إنما يظهر لو لم يكن لها مسكن ، أما لو كان لها مسكن يمكنها أن تحضن فيه الولد ويسكن تبعاً لها فلا لزوم ، لعدم حاجة الصغير إليه ... ولا يخفى أن هذا هو الأرفق بالجانبين فليكن عليه العمل . وقضى بأنه مع افتراض التسليم بأن الحاضنة تملك مسكناً ، فإن الثابت أنها لا تسكن فيه ، وإنما تسكن فى منزل أخر غير مملوك ، ومن المقرر شرعاً أن مجرد ملكية الحاضنة لمسكن لا يكفى وحده لإعفاء من تجب عليه نفقة الصغير من أجر مسكن حضانة ، بل يشترط لذلك أن تكون ساكنة فيه بالفعل ، ويسكن الصغير تبعاً لها فيه [٢] .

المقصود بالمسكن فى باب الحضانة

المتتبع لأقوال الفقهاء – عند كلامهم فى الحضانة – يراهم يقولون " مسكن الحضانة " فما هو المقصود بهذا المسكن ؟ المقصود به المكان المشغول فعلاً بالسكنى ، قال تعالى " يا أيها النمل أدخلوا مساكنكم " فعبر سبحانه وتعالى بالمساكن وهى جمع مسكن ، لأن النمل كان يسكنها . وقال تعالى " وسكنتم فى مساكن الذين ظلموا أنفسهم " ، وقال " لقد كان لسبأ فى مسكنهم آية " فكلمة مسكن فى هذه الآيات تدل على المكان المشغول فعلاً بالسكنى . أما كلمة البيت أو الدار أو المنزل فلا تدل هذه الدلالة . بدليل قوله تعالى

---

[١]) ق ١٩٣١/١٠٢٤ شرعى بور سعيد .
[٢]) ق ١٩٣٧/١٧٨٠ شرعى مستأنف مصر .

" وأوحى ربك إلى النحل أن أتخذى من الجبال بيوتا " وقال تعالى " وتتخذون من الجبال بيوتا " فالمسكن أخص من البيت والدار والمنزل ، ودلالة المسكن على ذلك حقيقة لغوية . وقد جرى العرف على إطلاق كلمة المسكن على المكان المشغول فعلاً بالسكنى فيقال لفلان مسكن بجهة كذا إذا كان يقيم فعلاً فيه ، والعرف معتبر شرعاً والثابت به كالثابت بالنص . ولذلك ينبغى أن يكون المراد من كلمة مسكن الواردة بالنص المكان المشغول فعلاً بالسكنى حملاً للفظ على حقيقته ، ولا يصار إلى المجاز إلى بقرينة ، ولا قرينة فى نص المادة على إرادة المجاز . فإذا ثار خلاف بين الحاضنة ووالد الصغير حول مسكن الحضانة ، وانصرفت كلمة المسكن إلى المكان المشغول فعلاً بسكنى الصغير وحاضنته حملاً للفظ على حقيقته . وقد ثار هذا الأمر فى دماغ المشرع عند وضع النص فقرر أن كلمة مسكن قصد بها المكان المشغول فعلاً بالسكنى ، ولا يقصد بها الشقة أو المنزل أو البيت ، فقد يكون المسكن حجرة فى شقة أو من منزل ، وقد تكون الشقة فى وسط ما مسكناً .

الالتزام بمسكن الحضانة

يلتزم الأب بنفقة أولاده وتوفير المسكن لهم بقدر يساره ، وبما يكفل للأولاد العيش فى المستوى اللائق بأمثالهم (مادة ١٨ مكررا ثانياً) والالتزام هنا التزام بتوفير المسكن ، وهو التزام بتحقيق نتيجة . وقد ورد فى فقه الأحناف ، شرح النقاية للباقلانى عن البحر المحيط " سئل أبو حفص عمن لها " إمساك الولد ، وليس لها مسكن مع الولد ، فقال على الأب سكناهما " لأن المسكن من النفقة . وقد اختلف فى لزوم المسكن والأظهر فى المذهب

اللزوم كما فى بعض معتبرات الكتب ، قال الرملى وهذا يعلم من قولهم إذا احتاج الصغير لخادم يلزم الأب فإن احتاجه إلى المسكن مقرر .

سكنى الحاضنة واجبة لها وللمحضون للحاجة ورفع الضرر . وما دامت الحاجة قائمة ، فالوجوب مستمر . والحاجة إلى مسكن الحضانة تقوم بكون الصغير فى سنها ، وكونه لا مال له – فقد نصت المادة ١٨ مكرراً ثانياً على أنه " إذا لم يكن للصغير مال فنفقته على أبيه " ومسكن الحضانة من النفقة . والأصل أن إعداد مسكن الحضانة يكون على من تجب عليه النفقة ، فإذا وجبت نفقة الصغير فى ماله ، كانت سكناه وحاضنته فى ماله ، وإلا ففى مال من وجبت عليه نفقته .

مسكن الحضانة أصبح حقاً – بعد صدور القانون ١٩٨٥/١٠٠ لكل حاضنة أما أو غيرها ، وقد كان فى ظل القانون ١٩٧٩/٤٤ حقاً للمطلقة الحاضنة وحدها ، ولذلك فإن النزاع على هذا المسكن لم يعد محصوراً – فقط – بين المطلق والطلقة ، وإنما امتد النزاع – بعد القانون ١٩٨٥/١٠٠ – إلى أقارب الطرفين – الأب ومطلقته – لأن الحضانة عند عدم صلاحية المطلقة للحضانة تنتقل إلى أم المطلقة ، فأم أمها ، فأم الأب وإن علت فأخوات المحضون الشقيقات فأخواته لأم ، فأخواته لأب ، وهكذا على الترتيب الوارد بنص المادة ٢٠ من القانون ١٩٢٩/٢٥ . وهذا الاسترسال فى ترتيب الحاضنات محل نظر ، وتضيق به مبرراته .

شروط استمرار الحاضنة – بعد الطلاق – فى شغل مسكن الزوجية المؤجر مع المحضون

يشترط لاستمرار الحاضنة فى شغل مسكن الزوجية طبقاً لنص المادة ١٨ مكرراً ثالثاً فقرة أولى ما يأتى :

أولاً : أن يكون الصغير – أو الصغار – فى سن الحضانة وقت الطلاق (مادة ٢٠)

وقد قضى بأن الحضانة التى تخول الحاضنة – مع من تحضنهم – الحق فى شغل مسكن الزوجية دون المطلق ، هى الحضانة التى تقوم عليها النساء لزوماً خلال المرحلة التى يعجز الصغار عن القيام بمصالح البدن وحدهم . وهو ما مؤداه أن مدة الحضانة التى عناها الشارع بنص الفقرتين الأولى والرابعة ١٨ مكرراً ثالثاً – والتى جعل من نهايتها نهاية لحق الحضانة فى شغل مسكن الزوجية هى المدة الإلزامية لحضانة النساء ، وإذ تنتهى هذه المدة ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن اثنتى عشرة سنة طبقاً للفقرة الأولى من المادة ٢٠ ، ويسقط حق الحاضنة فى شغل مسكن الزوجية ببلوغ المحضون هذه السن كل بحسب نوعه ذكراً أو انثى ، وحينئذ يعود للزوج المطلق حقه فى الانتفاع بالمسكن ما دام له – من قبل – أن يحتفظ به قانوناً . ولا يغير من ذلك ما أجازه نص الفقرة الأولى من المادة ٢٠ – بعد انتهاء مدة حضانة النساء – للقاضى فى أن يأذن بإبقاء الصغير حتى تتزوج فى يد من كانت تحضنها دون أجر حضانة ، إذا تبين أن مصلحتها تقتضى ذلك ، لأن هذه المادة لم ترد فى النص حداً لمدة حضانة النساء ، ولا هى تعتبر امتدادا لهما ، وإنما هى مدة استبقاء بعد أن أصبح فى مقدور الأولاد الغناء عن حضانة ، وخدمة النساء

، وهى بالنسبة للبنت التى لم تتزوج قد تطول إلى ما بعد أن تكون قد بلغت سن الرشد كاملة الأهلية وتملك وحدها القرار فى شئونها [1] .

ثانياً : أن يتحقق فى الحاضنة شروط الحضانة عند الأحناف [2] .

ثالثاً : أن تقيم الحاضنة مع المحضون فى مسكن الحضانة ، وإقامتها بهذه الصفة مستمدة من القانون ، فليس لها حق ذاتى على المسكن ، لأنها إنما تستمر فى شغله من أجل الصغير الذى فى حضانتها ، وهذا الاستغلال حق له على أبيه . ولذلك لا يكون للحاضنة – على مسكن الحضانة – سوى حضانة الصغير فيه ، فلا يجوز لها أن تغير هذا الحق ، وتستغل المسكن فى أغراضها الخاصة – أياً كان هذا الغرض ولو كان مشروعاً ، فلا تؤجره للغير ، أو تغير استعماله ، فإن فعلت فإنها تكون قد استغلت حق الصغير – على أبيه – فيما ليس مقرراً له . بل وتعدت عليه ، فيكون لوالد المحضون منعها من استعمال المسكن فى غير حضانة الصغير ، لأن هذا من حق الأب سواء بصفته ولياً على نفس الصغير وماله أثناء الحضانة ، أم بصفته صاحب حق على مسكن الزوجية الذى فيه الحضانة . ويكون للأب هذا الحق أيضاً ولو كان مسكن الحضانة قد أعد من مال الصغير ، وقد قضى بعكس هذا تأسيساً على أن الحاضنة باستغلال مسكن الحضانة كعيادة طبية أمر مشروع فى ذاته ، ولا يعد من أسباب إسقاط الحضانة . وهذا القضاء فيه مخالفة للنص لأن المشرع لم يعط الحاضنة ، على مسكن الزوجية – أى حق – سوى حضانة الصغير فيه . أما مشروعية تصرفها فى المسكن فى حد ذاته لا تقيم لها حقاً فى التصرف فى مال غيرها .

---

[1] نقض رقم ٥٦/٨٦ ق جلسة ١٩٨٩/٣/٢٨ . نقض رقم ٥٥/٢٨٧ ق جلسة ١٩٩٠/٥/١٥ .

[2] راجع التعليق على المادة ٢٠ من القانون .

إذا شغلت الحاضنة مسكن الزوجية ، ولم تقم فيه مع المحضون او تركته لغيرها ، انتفى شرط استمرارها فى شغل المسكن مع الصغير .
يكون للأب فى جميع الحالات أن يمنع الحاضنة من التعدى على حقه فى مسكن الزوجية ، أو على حق المحضون فيه وهو فى حيازتها ، لأنها تحوز عن الصغير ولكن لصالحها . واستعمال الأب لحقه هذا ليس فيه إسقاط لحق الصغير فى الحضانة ، وإنما إسقاط لحق الحاضنة وانتقاله إلى من يليها . فإذا لم توجد عاد إليه مسكنه وصغيره .
رابعاً : ألا يكون الأب قد هيأ – لصغاره ولحاضنتهم – مسكناً مستقلاً مناسباً . واستقلال المسكن ومناسبته يراعى فيه حال الأب يسراً وعسراً ، تحت تقدير قاضى الموضوع .
وتهيئة مسكن لحضانة الصغير هو الأصل المقرر فى المادة ١٨ مكرراً ثالثاً " على الزوج المطلق أن يهيئ صغاره من مطلقته ولحضانتهم المسكن المستقل المناسب " فإذا هيأ المسكن لهم لزم الحاضنة أن تحضن الصغير فيه . أما استمرارهم فى شغل مسكن الزوجية فشرطه عدم تهيئة الأب المسكن المناسب فى خلال فترة العدة . إلا أن انقضاء فترة العدة – دون تهيئة مسكن حضانة للمطلقة ومحضونها – لا يمنع الزوج المطلق من العودة إلى مسكنه إذا هيأ مسكناً للحضانة بعد فترة العدة ، لأن انتهاء العدة لا يسقط الالتزام الأصلى وهو تهيئة مسكن حضانة . ولا يمنع من العودة لمسكن الزوجية إذا تمكن الزوج المطلق من تنفيذ التزامه الذى فرضه النص فى أى وقت بعد فترة العدة خاصة إذا لوحظ ظروف الإسكان وصعوبة الاهتداء إلى مسكن فى فترة العدة وهى مدة وجيزة بالنسبة للبحث عن مسكن أياً كان نوعه .

نص الفقرة الأولى من المادة بين الحكم إذا كان مسكن الزوجية مؤجراً بمعرفة الزوج ، فإذا توافرت شروط استمرار الحاضنة والمحضون في شغل هذا المسكن ، شغلته والمحضون – دون المطلق مدة الحضانة – يستوى فى ذلك أن تكون الحاضنة أماً غيرها من الحاضنات الوارد ترتيبهن فى المادة ٢٠ من القانون .

عبارة دون المطلق الواردة بالنص – تفيد أن المشرع أراد ألا يشغل المطلق مسكن الزوجية مع الحاضنة ، وقد وردت هذه العبارة مطلقة لتشمل الحاضنة الأم ، والحاضنة غير الأم ، والسبب في ذلك هو عدم الجمع بين المطلق والمطلقة منعاً للحرمة – أو مع حاضنة أخرى تحرم عليه . وهذا صحيح فى الشرع والقانون . ولكن ما الحكم إذا جاء دور حاضنة لا تحرم على المطلق وهن – فى نص المادة ٢٠ من القانون – كثيرات مثل : أم الأم وإن علت ، أم الأب وإن علت ، الأخوات الشقيقات والأخت لأم ، والأخت لأب وبنت الأخت الشقيقة . وبنت الأخت لأب ، وبنت الأخ ، والعمات وخالات الأب وعمات الأب . كل هؤلاء من الحاضنات لا يحرم على الأب الإقامة معهن إذا عينت إحداهن للحضانة . ولذلك نرى أن عبارة " دون المطلق " لا تنصرف بالنسبة لشغل مسكن الزوجية إلا إذا كان اجتماع المطلق مع الحاضنة فى مسكن الزوجية فيه محرمة .

خامساً : ألا يكون للمحضون مال . فالمقرر شرعاً أن نفقة الأولاد على الأب – خاصة – لا يشاركه فيها أحد ، إذا لم يكن للصغير مال ، لأن نفقته على أبيه للحاجة ، وبغنا الصغير تندفع الحاجة، فلا تجب نفقته على غيره ، وقد نصت المادة ١٨ مكرراً ثانياً فى فقرتها الأولى على أنه " إذا

لم يكن للصغير مال فنفقته على أبيه " ومسكن الحضانة من نفقة الصغير ، وهى تجب فى ماله ، منها مسكن حضانة فإذا أعد الأب مسكناً للحضانة من مال الصغير – وكان المسكن مناسباً – يتعين على الحاضنة أن تحضن الصغير فى هذا المسكن . ولا تطالب بالاستقلال بمسكن الزوجية .

مال الصغير إما حاضر وإما غائب

إذا كان مال الصغير حاضراً . يكون للأب بيعه لينفق على الصغير منه ، لأنه غنى بماله . ولذلك تكون نفقة الصغير فى ماله ، ولا يجب على الأب شئ منها ، وتكون سكنى الصغير فى ماله أيضاً وليس على أبيه شئ .

إذا كان مال الصغير غائباً وجبت النفقة على الأب ، فإن أراد الرجوع – فى مال الصغير – بما أنفق تعين عليه أن ينفق بإذن القاضى ، فإذا أنفق الأب بلا إذن من القاضى ليس له الرجوع على مال الصغير ، إلا أن يكون أشهد أنه أنفق ليرجع على مال الصغير بما أنفق عليه . إذا كان الأب قد أنفق على الصغير ، بنية الرجوع على ماله ، ولكن دون أن يشهد ، لم يكن له أن يرجع على مال الصغير قضاء ، ولكن فيما بينه وبين الله له أن يرجع [1] .

وحاصل ما تقدم أنه إذا كان للصغير مال ، فنفقته فى ماله ، وليس على أبيه شئ ويخلص له مسكن الزوجية ، بشرط أن يبين مال الصغير ، وأنه يكفى لمواجهة نفقة الصغير ومنها مسكن حضانته ، وفى هذه الحالة – إذا كان مال الصغير فى يد الأب – يجب على الأب أن يهيئ مسكن الحضانة المستقل المناسب نم هذا المال فى خلال فترة العدة باعتباره ولى النفس وولى المال . أما إذا كان مال الصغير غائباً ، فإنه يتعين على الأب أن

---

[1]) فتح القدير جزء ٣ ص ٣٤٤ .

يهيئ مسكن الحضانة المستقل المناسب – فى خلال فترة العدة إلى أن يحضر مال الصغير ، والأب ملزم – باعتباره ولى النفس والمال – حتى يحضر مال صغيره ، والأب ملزم – باعتباره ولى النفس والمال – حتى يحضر مال صغيره ، وفى هذه الحالة يكون له حق الرجوع بما أنفق إذا كان قد أنفق بإذن القاضى أو أن يكون قد أشهد أنه ينفق ليرجع بما انفق عليه .

شغل الحاضنة والمحضون لمسكن الزوجية غير المؤجر

نصت الفقرة الثانية من المادة ١٨ مكرراً ثالثاً على أنه " إذا كان مسكن الزوجية غير مؤجر كان من حق الزوج أن يستقل به إذا هيأ لهم المسكن المستقل المناسب بعد انقضاء العدة .

اختار المشرع عبارة " مسكن الزوجية غير المؤجر " ليفتح الباب لحالات كثيرة غير الملكية . فالمسكن غير المؤجر مملوكاً للزوج . وقد يكون عليه حق انتفاع بالسكنى وليست له ملكية رقبته ، وقد يكون المسكن مملوكاً لوالده أو لوالدته وأعطى له دون إيجار . فالتعبير بالمسكن غير المؤجر جاء أوسع بكثير من المسكن المملوك . قرر المشرع حق الحاضنة فى أن تستقل بمسكن الزوجية غير المؤجر خلال فترة العدة . كما قرر حق الزوج المطلق فى أن يستقل بهذا المسكن بعد انقضاء العدة إذا هيأ للحاضنة والمحضون المسكن المستقل المناسب وأطلق المشرع للزوج المدة التى يهيئ فيها لصغاره المسكن الملائم . فى أى وقت يستطيع بعد انقضاء العدة ، فإذا هيأ المسكن بعد سنة أو سنتين أو أكثر كان له أن يعود إلى مسكنه ، وتنتقل الحاضنة والمحضون إلى المسكن المستقل الذى هيأ لهم .

ولا يمنع النص الزوج المطلق من أن يهيئ المسكن المناسب قبل انتهاء العدة ، لأن قصد الشارع هو تهيئة المسكن الملائم لحضانة أولاده لأنه المسكن البديل لمسكن الزوجية المؤجر ، فإذا تمت تهيئته قبل انتهاء العدة ، فقد تحقق قصد الشارع ، ويجب أن يصار إليه ، وأن تنتقل الحاضنة والمحضون لشغله .

هذا ويجب أن يلاحظ أن المسكن الذى تعطيه الهيئات للعاملين فيها ، لا يدخل فى عداد مسكن الزوجية غير المؤجر ، لأن هذه المساكن يراعى فيها العمل والوظيفة .

كما يجب ملاحظة أن الخلاف حول مسكن الزوجية بين المطلق والحاضنة يقوم إذا كانت الحاضنة مشغولة بزوج أو أب أو ابن غير الصغار الذين هم موضوع الحضانة ، وذلك عند شغلها لمسكن الزوجية مع المحضون ويكون الخلاف حول مدى حق هؤلاء فى دخول مسكن الزوجية أو شغلهم له تبعاً للحاضنة ، هذا فضلاً عن أن معظم الحاضنات – غير الأم المطلقة – سواء كن متزوجات أو غير متزوجات ، يقمن فى مساكنهم أو مساكن أزواجهن ، فكيف يكون لواحدة منهن مسكن مستقل تحضن غيه الصغير ، ومسكن آخر تقيم مع زوجها ، أم أن هذا الأخير يتبع زوجته إلى مسكن الحضانة والذى أراه فى هذا الشأن أن من حق الزوج أن يمنع من يتبع الحاضنة – زوجاً أو أبناً أو غيرهما – من شغل مسكنه مع صغاره . فإذا لم تستطع الحاضنة الانتقال بمفردها إلى مسكن الحضانة سقط حقها فيها ، وانتقل إلى من يليها ، حتى لا تجمع فى مسكن الزوجية بين المحضون من لا يرى الأب مصلحة فى وجوده مع المحضون ، ولا يكلف الأب إثبات وجود ضرر للمحضون مع هؤلاء الأغيار فى مسكن الزوجية .

التعويض عن مسكن الحضانة

نص المشرع فى الفقرة الثالثة على أن " يخير القاضى الحاضنة بين الاستقلال بمسكن الزوجية وبين أن يقدر لهـا أجـر مسكن مناسب " للمحضونين ولها " وقيل فى تبرير هذا النص " أنه قد يكون للزوجة مكان عند أهلها ، وتفضل أن تنتقل مع أهلها ، وتأخذ المقابل فنسير لها هـذا ، وقد يكون للزوجة مسكن خاص بها وتستريح فيه أكثر وتخشى إن لم تخير أن يسقط حقها فى أجر المثل .

ولذلك قضى بأن للحاضنة شرعاً أن تطلب بدل المسكن أجـرة مسكن ، ولغير الزوجة هذا الحق كذلك طبقاً للنصوص الشرعية ، ولما جرى عليه العمل فى المحاكم ، ففى لسان الحكام ص ١٢٧ بهامش معين الحكام " وإن قال لامرأته لا أنفق على أحد من خدمك ولكن أعطى خادماً مـن خـدمى ليخدمـك فأبت يجبر على نفقة خادم من خدامها " فدل هذا الـنص علـى أمرين :

١) وجوب نفقة الخدم على من وجب عليه نفقة المخدوم .

٢) وجوب أجرة بدل نفس الخادم ، ومثل أجـرة الخـادم أجـرة مسكن الحضانة وفى إلزام الحاضنة أن تسكن فى مسكن معين يحضره لها والـد الصغير إضرار بها بسبب ولدها وهو لا يجوز شرعاً [١] .

تخيير القاضى هنا مطلق ، فيشمل مسكن الزوجية المؤجر وغير المؤجر . ويبدو أن تخيير القاضى أمر واجب عند النزاع على مسكن الزوجية ويبدأ به القاضى أولاً . وما دام الأمر يدور حول بدلين مسكن الزوجية أو أجـر مسكن مناسب ، فيتعين على القاضى أن يعرض علـى الحاضـنة وقـت

---

[١]) مبادئ القضاء ص١٤٦ .

التخيير أمر تقدير أجر مسكن للمحضون ولها حتى تستطيع أن تفاضل بين البدلين .

ويراعى فى تقدير الأجر عن مسكن الحضانة الظروف الآتية :

١) حال الأب يسراً وعسراً . ويلاحظ أن تقدير اليسار والإعسار من مسائل القانون ، لأن فقهاء الأحناف تعرضوا لبيان متى يكون الشخص موسراً ومتى يكون معسراً باعتبار ذلك من فقه المذهب ، ولذلك لا يستقل قاضى الموضوع وحده فى تقدير ذلك ، وإنما يخضع فيه لرقابة محكمة النقض إذا ما ثار أمامها بشأنه .

٢) حال المحضون وسنه .

٣)حال الحاضنة بالنسبة لما إذا كان لها مسكن مملوك لها أو تنتفع بمسكن معين . وقد كان الرأى الغالب فى القضاء قبل صدور القانون ١٩٨٥/١٠٠ على أن الحكم الشرعى أن الحاضنة تكون لها أجرة مسكن تمسك فيه الصغير إذا لم يكن لها مسكن تسكنه ، فإذا كان لها حق السكنى بسبب من ا الأسباب الشرعية كحق السكنى فى بيت موقوف عليها أو مملوك لها أو على من تجب نفقتها عليه ، فلا يكون لها فى هذه الحالة أجرة مسكن للحضانة ، لأن المحضون يسكن تبعاً لسكنى الحاضنة ، ومن ثم لا يكون محتاجاً إلى مسكن لحاضنته . وواضح أن أصحاب هذا الرأى اشترطوا أن تكون الحاضنة ساكنة فعلاً فى المسكن الذى لها عليه حق السكنى ، ويسكن الصغير معها فيه تبعاً لها .

٤) ظروف الإسكان فى المكان الذى يتواجد به مكان الحضانة . ولا يجوز أن يكون تقدير أجرة مسكن الحضانة فيه إثراء الحاضنة والمحضون على حساب والده . لأن المشرع الحكيم جعل ولاية الحضانة إلى من هو مشفق

على الصغير ، فجعلها إلى الأمهات لرفقهن مع الشفقة ، وقـدرتهن علـى الحضانة ، وقال الفقهاء إن الأمهات أرفق وأحن بالصـغير مـن أبيـه ، فتتحمل فى ذلك من المشقة ما لا يتحمله الأب ، وفى تفويض أمر الحضانة إليها منفعة الولد ، كما أن فى ذلك منفعة لها حتى لا توله بولدها ، وفـى الحضانة أيضاً منفعة والد الصغير حتى لا يوله والد بولـده . وإزاء هـذه الحقوق الثلاثة لكل من الحاضنة والمحضون ووالـدة يتعـين أن يكـون الخلاف حول مسكن الحضانة أو أجرة ، ليس المقصود منه إرهاق الأب أو إثراء الحاضنة أو المحضون والأمر فى ذلك مرجعه إلى تقـدير قاضـى الموضوع . مع ملاحظة أن يسار الأب وإعساره يؤثر فـى تقـدير نفقـة الصغير عليه ومن بينها أجرة مسكن حضانته .

الأصل أن إعداد مسكن الحضانة يكون على من تجب عليه السكنى – وهو من تجب عليه النفقة – وإذا لم يتحقق هذا الأصل فإنه يصار إلى خلفـه ، وهو فرض أجرة المسكن ، وفى هذه الحالة إذا حصلت الحاضـنة علـى أجرة مسكن الحضانة كانت نائبة عن الأب فى إعداد المسكن بتلك الأجرة ، ويكون للأب أن يراقبها فى ذلك ، ما لم يكن حصولها على أجر المسكن سببه شغلها والمحضون مسكنا مملوكا لها أو بسبب إقامتها مع أهلها .

وتقدير أجرة مسكن الحضانة مأخوذ من أن الحاضنة لا تلزم بالإقامة مـع الصغير فى المسكن الذى يحضره لها والد الصغير ، بل لها أن تطلب بدل المسكن أجرة مسكن ، ولغير الزوجة – من الحاضنات – هذا الحق كذلك لأن فى إلزام الحاضنة أن تسكن فى مسكن معين يحضره والد المحضون – دون رضاها بهذا المسكن – إضرار بها وهو لا يجوز شرعاً .

إذا كانت الحاضنة تسكن فى ملكها أو عند غيرها - بلا مؤونة لسكناها ويسكن الصغير تبعاً لها فقد كان العمل - طبقاً للمذهب الحنفى - أنها لا تستحق أجرة مسكن حضانة لاستغنائها بمسكنها الصغير استغنى عن مسكن الحضانة سكناه معها فى مسكن لا مؤونة عليها فيه ولذلك لا يجب على أبيه أجرة مسكن حضانة . إلا أنه إعمالاً لنص القانون يلزم الزوج - أب الصغير - بتأجير مسكن الحضانة حتى لو كانت المطلقة تقيم فى مسكن مملوك لها ، لأن من حقها الإقامة بمسكن الزوجية ، كما أن من حقها الانتفاع بدخل المسكن المملوك لها .

استرداد المطلق مسكن الزوجية

ينتهى شغل الحاضنة لمسكن الزوجية أو المسكن المهيأ للحضانة بأحد هذه الأمور :

أولاً : انتهاء الحضانة ... إذا انتهت الحضانة المقررة قانوناً كان للمطلق أن يسترد المسكن الذى هيأه لحضانة صغيره . وقد نصت الفقرة الرابعة من المادة على أنه " إذا انتهت مدة الحضانة " والمقرر قانوناً أن حضانة النساء تنتهى ببلوغ الصغير سن العاشرة ، وبلوغ الصغير سن الثانية عشرة من عمرها (مادة ٢٠) وعند بلوغ هذه السن ينتهى حق النساء فى الحضانة . ويعود المطلق لمسكنه مع أولاده .

ولكن ما هو الحكم إذا حصلت الحاضنة - بعد انتهاء الحضانة - على حكم باستبقاء الصغير إلى سن الخامسة عشر والصغيرة حتى تتزوج - هل يجوز للحاضنة الاحتفاظ بمسكن الحضانة حتى تنتهى مدة استبقاء الصغير معها ، أم أنه لا يجوز ذلك ؟

قد يقول قائل بحق الحاضنة فى الاحتفاظ بمسكن الحضانة مدة إبقاء الصغير أو الصغيرة معها لأن المسكن للصغير والحاضنة تقيم فيه معه ، فهى تابعة له ، وظلت تابعة له بعد الحكم بإبقائه فى يدها بعد تجاوز سن الحضانة خاصة وأن المصلحة قد تقتضى ذلك .

والرأى عندنا أنه لا يجوز للحضانة الاحتفاظ بسكن الحضانة بعد تجاوز الصغير أو الصغيرة سن الحضانة ، سواء فى ذلك أن تكون قد حصلت على حكم باستيفاء الصغير أو الصغيرة معها ، أو لم تحصل على هذا الحكم وذلك للأسباب الآتية :

١) الحضانة هى تربية الصغير [١] ، ورعايته والقيام بجميع أموره فى سن معينة ، وسببها عجز الصغير فى أول حياته عن القيام بأمور نفسية ، وعدم إدراكه ما ينفعه وما يضره . وقد جعل المشرع سكنى المحضون وحاضنته على أبيه طوال هذه الفترة من حياته .

٢) ينتهى حق حضانة النساء قانوناً ببلوغ الصغير سن العاشرة والصغير سن اثنتى عشرة سنة ، وقد عبر نص المادة ٢٠ من القانون " ينتهى حق حضانة النساء " بما لازمه أن هذا الحق ينتهى قانوناً ، والفقهاء يقولون إن سبب انتهاء الحضانة هنا هو استغناء المحضون عن خدمة النساء . وانتهاء الحضانة ببلوغ هذه السن لا يحتاج إلى قضاء ينشئه ، وإنما ليقرره .

٣) إبقاء الصغير – أو الصغيرة – بعد سن الحضانة ، ليس امتداد للحضانة المقررة للنساء ، لأن المحضون ليس فى حاجة أساسية لحضانتهن وإنما حاجته إلى العصبات أشد ، فهو يقوم بالكثير من شئونه ، ولذلك كانت فترة استبقائه ، بعد بلوغ السن ، فى يد الحاضنة ، هى أقرب

---

١) راجع التعليق على المادة ٢٠ من القانون .

إلى العناية به ، منها إلى حضانته ، ولذلك أسقط القانون أجرة الحضانة – مدة الإبقاء – ولو كان فى إبقاء الصغير فى يد النساء مصلحة له . ومدة الإبقاء فى يد الحاضنة ليست حقاً لها ، وإنما هى مدة اعتبارية يقدر ظروفها من الأوراق ، والحكم بها منشئ لها ، وليس مقرراً . وتسقط مدة الاستبقاء بزوال ظروفها . وقد قضى بأن الإذن بتقدير مدة الإبقاء – بعد أقصى سن الحضانة – يخضع لتقدير القاضى من دواعيها والعائد منها ، فإذا ما رخص لمن اختارت لنفسها أن تشارك الأب فى مهامه الأصلية فى مرحلة حفظ الصغير وتربية أولاده متبرعة بخدمتها لهم فلا التزام على الأب نحوها لا بأجر حضانة لها ولا بسكناها ، ويقع عليها أن تسكن الأولاد معها السكن المناسب مقابل أجر المسكن من مالهم إن كان لهم مال ، أو من مال من تجب عليه نفقتهم ، وفى القول على خلاف هذا تحميل للنصوص المعينة بما لا تتسع له ، وتكاثر للمنازعات بسبب حيازة سكن الزوجية بما يعود على الأولاد بالأذى النفسى والاجتماعى وهو ما يتأباه الشرع والشارع [1] . وقد حسمت محكمة النقض ذلك الخلاف بحكم حديث لها إذ قضت بأن النص فى الفقرتين الأولى والرابعة من المادة ١٨ مكرراً ثالثاً من المرسوم بقانون رقم ١٩٢٩/٢٥ المضافة بالقانون رقم ١٩٨٥/١٠٠ بأن " على الزوج المطلق أن يهيئ لصغاره من مطلقته ولحضانتهم المسكن المستقل المناسب ، فإذا لم يفعل خلال مدة العدة استمرار فى شغل مسكن الزوجية المؤجر دون المطلق مدة الحضانة . فإذا انتهت مدة الحضانة فللمطلق أن يعود للمسكن ... " وفى الفقرة الأولى من المادة ٢٠ من المرسوم بقانون المذكور على أن " ينتهى حق حضانة النساء

---

[1] نقض ٥٦/٨٦ ق جلسة ١٩٨٩/٣/٢٨ .

ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة اثنتى عشرة سنة ... " مفاده أن الحضانة التى تخول الحضانة – مع من تحضنهم – الحق فى شغل مسكن الزوجية دون الزوج المطلق هى الحضانة التى تقوم عليها النساء لزوماً خلال المرحلة التى يعجز فيها الصغار عن القيام بمصالح البدن وحدهم ، وأن حق الحاضنة فى شغل مسكن الزوجية يسقط ببلوغ المحضون هذه السن كل بحسب نوعه – ذكرا كان أو أنثى – وحينئذ يعود للزوج المطلق حقه فى الانتفاع بالمسكن ما دام له من قبل أن يحتفظ به قانوناً . (نقض رقم ٥٥/٢٢٨٧ ق جلسة ١٩٩٠/٥/١٥)

٤) الحضانة مقررة بالشرع ، وتنتهى بتجاوز السن المقررة فى القانون – وهى مدة الحضانة المنصوص عليها فى المادة ٢٠ والتى ينتهى بها حق حضانة النساء ، وقد عبر نص المادة ١٨ فقرة ٤ بقوله " إذا انتهت مدة الحضانة " والمدة هنا هى المدة المحددة بالقانون لانتهاء حضانة النساء . أما إبقاء الصغير – بعدها – فى يد النساء ، فشرطه سلوك طريق المطالبة – سواء قضاء أو رضاء – وأن يقوم الدليل على أن الإبقاء فى يد النساء فى صالح الصغير ، وأن يقضى بإبقاء الصغير فى يد النساء ، أو يقبل الأب ذلك ، فالخلاف يثور حول الإبقاء فى يد النساء فقط ، وليس حول مكان الإبقاء الذى انتهى ببلوغ أقصى سن الحضانة .

٥) القول بالرأى الأول يدفع الكثير من المشاكسات للعمل على إبقاء الصغير – أو الصغيرة – فى يدها ، وقد أثبتت التجارب أن الحاضنة تعلم الصغير – أو الصغيرة – أن يوجه لأبيه – أمام القضاء أبشع التهم حتى تتمكن من إبقاء الصغير فى يدها بعد تجاوزه أقصى مدة الحضانة ، وهذه

فترة من عمر الصغير – أو الصغيرة – يكون فيها فى أمس الحاجة لحضانة الرجال للتخلق بأخلاقهم ، والتعود على معاملتهم .

٦) القول بالرأى الأول فيه تفريق بين الآباء والأبناء وهو فى مقتبل العمر ، إذ يحرم الآباء بلا مبرر معقول من حضانة الأبناء وتعليمهم أخلاق الرجال ، كما تحرم البنات – وقد بلغن سن النضج من التعريف – من آبائهن – على أخلاق الرجال وكيفية معاملتهم والإقامة معهم ، وحسن معاشرتهم .

ثانياً : سقوط حق الحضانة

من المقرر – طبقاً للنص – أن حق الحضانة فى شغل مسكن الزوجية مع المحضون روعى فيه " وصف الحضانة فيها " فإذا سقطت حضانتها لأى سبب من أسباب سقوط الحضانة ، عاد المطلق إلى مسكنه مع أولاده إذا لم يكن من يليها فى الحضانة .

ثالثاً : انتقال حق الحضانة

بسبب امتناع الحاضنة عن تنفيذ الحكم برؤية الصغير – متى كان انتقال الحضانة إلى الأب .

ويشترط لاسترداد المطلق مسكن الزوجية أن يكون من حقه ابتداء الاحتفاظ به قانوناً .

إذا ثارت منازعات بين الحاضنة والمطلق بشأن حيازة مسكن الزوجية – المؤجر أو غير المؤجر ، وعرض الأمر على النيابة العامة كان لها – وهذا أمر جوازى – أن تصدر قراراً مؤقتاً فى هذه المنازعات الخاصة بحيازة المسكن حتى تفصل المحكمة المختصة فى أمرها .

هذا ويلاحظ أن قرار النيابة – فيما يثور من منازعات فى شأن حيازة مسكن الزوجية – غير حاسم للخلاف بين المطلق والحاضنة . وإنما هو قرار وقتى يتغير أثره بصدور الحكم من المحكمة المختصة ، ويتعين على النيابة حتى يكون قرارها سليماً أن تتحرى الأمور الآتية :

١) حكم الشرع فى العدة ومدتها ونوعها .

٢) التأكد من سن الصغير أو الصغيرة ، هل هى قبل العاشرة أم بعدها بالنسبة للصغير ، وهلى هى قبل الثانية عشر أم بعدها بالنسبة للصغيرة لأن الحضانة تنتهى ببلوغ الصغير العاشرة والصغيرة اثنتى عشرة سنة [١]

٣) توافر شروط الحضانة فى الحاضنة ، وهل هى محرم من المطلق فتستقل بالمسكن أو غير محرم فلا تستقل به وإنما تنضم إلى الأب (المطلق) لرعاية المحضون ، وذلك إذا كانت الحاضنة ممن تحرم على المطلق تحريماً مؤبداً ، وكانت تقصد – وبحق – رعاية المحضون فى فترة حضانتها .

٤) التأكيد من العلاقة الايجارية التى للمطلق على مسكن الزوجية .

٥) بيان صفة الزوج على مسكن الزوجية إذا كان غير مؤجر ، لبيان ما إذا كانت هذه الصفة تخول للمطلقة والصغير الاستمرار فى شغله ، من عدمه ، فإذا كان الزوج يستمد صفته على مسكن الزوجية من وظيفته أو عمله فلا يكون للمطلقة أن تنازعه حيازة هذا المسكن وينصرف حق الصغير إلى تهيئة مسكن حضانة أو التعويض عنه وليس الأمران من اختصاص النيابة الإدارية إصدار قرار بشأنهما .

---

[١]) راجع ما سبق فى استرداد المطلق لسكن الزوجية .

٦) تحرى قصد المشرع من تحديد المسكن المستقل المناسب باعتباره المكان المشغول فعلاً بسكنى الصغير وحضانته ولو كان جزءاً من شقة يمكن الاستقلال به .

هذا ويلاحظ أن المادة ١٨ مكرراً ثالثاً قد ألغت اختصاص المحكمة الابتدائية بالفصل فى طلب الحاضنة الاستقلال بمسكن الزوجية أو طلب المطلق الاستقلال به بعد انتهاء الحضانة . ولذلك تطبق القواعد العامة المنصوص عليها فى المادتين الخامسة والسادسة من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى تجعل الاختصاص بالحكم فى منازعات النفقات الخاصة بالصغير للمحاكم الشرعية الجزئية ، ويكون الحكم فيها انتهائياً إذا لم يزد ما يطلب الحكم به فى كل نوع على مائة قرش فى الشهر أو لم يحكم بأكثر من ذلك . إن كان الطلب غير معين ، ويكون الحكم ابتدائياً إذا زاد ما يطلب الحكم به فى كل نوع عن هذا الحد أو حكم بأكثر من ذلك . ومن المقرر شرعاً أن السكنى واجبة لكل من الحضانة والمحضون للحاجة ورفع الضرر ، وما دامت الحاجة قائمة فالوجوب مستمر ، وأن إعداد المسكن على من وجبت عليه السكنى وللحاضنة – صفة فى طلب مسكن لها وللمحضون وهذا الطلب باعتباره جزء من نفقة الصغير غير معين المقدار – وإن كان المسكن معلوم الأجر – تختص المحكمة الجزئية بالفصل فيه ابتدائياً .

وتختص الحكمة الجزئية بالحكم ابتدائياً فى الطلبات الآتية :

١) طلب الزوج المطلق عودته إلى مسكن الزوجية المؤجر إذا هيأ للحاضنة والمحضون مسكناً مستقلاً مناسباً .

٢) طلب الزوج المطلق استقلاله بمسكن الزوجية غير المؤجر إذا هيأ المسكن المستقل المناسب .

٣) طلب الزوج المطلق عودته لمسكن الزوجية مع أولاده بعد انتهاء مدة الحضانة .

وسبب اختصاص القاضى الجزئى بهذه المنازعات هو أن المطلوب منه هو كف يد الحاضنة عن الاستمرار فى طلب نفقة للمحضون – هذه النفقة هى استمرارها مع المحضون فى شغل مسكن الزوجية بعد زوال سبب استحقاقها ، وهو تجاوز الصغير – أو الصغيرة – سن الحضانة . وهذه جميعها من مسائل الأحوال الشخصية التى حدد القانون المحكمة المختصة بنظرها .

الفصل الثامن

الطلاق وانتقال المطلقة بالمحضون

مكان الحضانة

هو مكان الزوجين إذا كانت الزوجية بينهما قائمة حتى أن الزوج لو أراد أن يخرج من البلد وأراد أن يأخذ ولده الصغير ممن له الحضانة من النساء ، ليس له ذلك ، حتى يستغنى الصغير عن الحضانة ، لأنها أحق بالحضانة منه ، فلا يملك انتزاعه من يدها . لما فى ذلك من إبطال حقها ، فضلاً عن إخراج الصغير من البلد .

وإذا أرادت الأم الحاضنة أن تخرج من البلد التى هى فيها – أثناء قيام الزوجية . فللزوج أن يمنعها من الخروج ، سواء كان معها الولد أو لم يكن ، لأن عليها المقام فى بيت الزوجية ، وكذلك إذا كانت معتدة ، لا يجوز لها الخروج مع الولد ، وبدونه . ولا يجوز للزوج إخراجها لقوله تعالى " لا تخرجوهن من بوتهن ، ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة " [١] .

وعلى أساس ما تقدم إذا كانت الأم هى الحاضنة لابنها وقت قيام الزوجية بينها وبين أبيه ، فإنه يتعين عليها أن تحضن صغيرها بالمكان الذى تقيم به مع زوجها ، ولا يجوز لها أن تنتقل به إلى مكان قريب أو بعيد إلا بإذن الزوج . فإذا انتقلت الأم بالمحضون إلى مكان غير مكان الزوجية – بدون إذن أبيه – ولم تعد إليه ، إذا طلبها الزوج للعودة إلى مسكن الزوجية ، فإنها تعتبر ناشزاً ، ويسرى فى شأنها أحكام نشوز الزوجة الحاضنة . وسبب ذلك أن للزوج على زوجته حقوق الزوجية ، ومنها حقه فى طلبها

---

[١] سورة الطلاق .

لطاعته ، أى يطلبها للعودة إلى مسكن الزوجية ، وبهذا الطلب يتحقق عودة الصغير إلى أبيه مع أمه .

وما يسرى على الأم الحاضنة من أحكام ، يسرى أيضاً إذا طلقت ، وحتى تنقضى عدتها من مطلقها أب المحضون ، إذ له طلبها للعودة إلى مكان العدة ، سواء كانت معتدة من طلاق رجعى أو بائن ، ولذلك ليس الانتقال بالمحضون إلا بإذن أبيه لأن اعتدادها فى مسكن العدة حق للشرع وواجب عليها .

إذا انتهت عدة المطلقة وأرادت الانتقال بالصغير الذى فى حضانتها وأراد أبوه منعها من السفر . تعرض الأحناف لبيان هذه المسألة فقالوا :

١) إذا أرادت الأم الحاضنة أن تسافر بالولد إلى وطنها الذى تزوجها أبو الولد فيه . فى هذه الحالة يكون لها أن تسافر بالولد إلى وطنها بغير إذن أبيه ، وإن بعدت المسافة بين بلد الأب وبلد الأم ، ويستوى فى ذلك أن يكون الوطن مصراً أو قرية . ويعلل الأحناف لذلك بقولهم إن مقتضى عقد الأب زواجه فى بلد هذه الزوجة – المطلقة والتى انتهت عدتها منه – التزام منه بالرضا بإقامتها فيه . فقد روى أن رسول الله صلى عليه وسلم قال " من تأهل فى بلدة ، فهو من أهلها يصلى صلاة المقيم " وروى أبو يعلى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال " إذا تزوج الرجل ببلد فهو من أهله "

٢) إذا أرادت الأم الحاضنة – التى انتهت عدتها – أن تسافر بالولد إلى :

أ) بلد ليس وطنا لها ولم يعقد عليها فيه .

ب) بلد عقد عليها فيه وليس وطنا لها .

ج) بلد هو وطنها ولم يعقد عليها فيه .

فى هذه الأحوال الثلاثة ليس لها أن تسافر بالمحضون ، وللأب أن يمنعها من الانتقال به ، واستثناء من هذه القاعدة أجازوا لها الانتقال بشروط هى :

١) أن يكون البلد الذى تنتقل إليه مصراً قريباً .

٢) أن يكون بإمكان الأب أن يذهب إلى هذا المصر ، ويرى ولده ويعود قبل أن يدخل الليل . فإذا كان المصر بعيداً ، فليس لها الانتقال وإذا كان المكان المنتقل إليه قرية – مطلقاً – سواء كانت قريبة أو بعيدة فليس لها الانتقال بالمحضون – فى الحالتين – إلا بإذن الأب .

ووجه ذلك أن التزوج فى دار القرية ليس التزاماً للمكث فيه عرفاً ، وهو هو الأصح عند الأحناف .

وسبب تقييد انتقال الأم الحاضنة بالمحضون ، هو مراعاة مصلحة الصغير بالجمع بين حضانته بواسطة أمه ، وبين إشراف أبيه على تربيته ، وحتى لا تضار والدة بولدها ، ولا مولود له بولده ، ولا يحرم الصغير من شفقة حاضنته ورعايته أبيه . ولهذه الحكمة نفسها ليس للأب أن يُخْرِجَ الصغير من البلد الذى تقيم فيه أمه ما دام فى حضانتها التى هى أهل لها ، لأن فى هذا الإخراج تفويت حقها ، وحق الصغير ، فيمنع الأب من الإخراج سواء كان البلد الذى يريد نقل الصغير إليه قريباً من أمه أنم بعيدا ، إلا إذا سقطت حضانتها .

انتقال الحاضنة غير الأم

إذا كانت الحاضنة غير الأم فليس لها أن تنتقل بالمحضون من بلد أبيه إلى بلد آخر إلا بإذنه . وقد علل الفقهاء ضرورة الإذن بالضرر الذى يلحق الأب من بعده عن ولده وتحمله المشقة فى رؤيته . ومنع الحاضنة من الانتقال بالصغير من مكان الحضانة ليس أمراً تعبدياً لنفس المكان ، وإنما

عدم الانتقال مفروض فى حالة ما إذا كان الأب مقيماً فى مكان الحضانة ، حتى تتحقق علة المنع من الانتقال إلى المكان البعيد ، وهى تمكن الأب من مطالعة ولده والعودة نهاراً فى يومه ، بدليل قول الفقهاء للحاضنة إذا أرادت الانتقال " أتركى الولد وأذهبى حيث شئت " حينما تريد الانتقال إلى مكان ليس لها حق الانتقال إليه . وليس معنى هذا إلا أنها تترك المحضون عند والده المقيم فى مكان الحضانة ، ولا يقال لها سلمى الولد وأذهبى حيث شئت إذا لم يكن والده مقيماً فى مكان الحضانة .

والمقصود بانتقال الحاضنة هو انتقالها من كان الحضانة إلى مكان أخر بنية الإقامة فيه . هذا الانتقال وإن كان مخالفاً لأحكام الحضانة ، إلا أن هذه المخالفة لم يرتب الفقهاء عليها شرطاً جزائياً فضلاً عن أنه غير مسقط لحق الحضانة . فانتقال الحاضنة بالمحضون ليس من مسقطات الحضانة . غير أن الفقهاء بينوا أنه إذا كان الانتقال إلى مكان بعيد – بدون إذن الأب – فإن القاضى يأمر الحاضنة بالعودة إلى مكان الحضانة ، وهذا القدر فقط هو الذى يمكن أن يسلكه القاضى مع الحاضنة إذا تركت مكان الحضانة ، إذ ليس للقاضى – ولا لأى فرد آخر – أن يلزم الحاضنة بالإقامة فى بلد معين ، بل لها أن تختار محل إقامتها كما تشاء . غير أن الحاضنة وإن كانت لها حرية اختيار محل إقامتها ، إلا أن حريتها ليست مطلقة فى إبقاء المحضون بأى مكان تشاء هى ، لأن إقامة المحضون ليست ملكاً خالصاً لها تتصرف فيها كما تريد ، إذ يتعلق بهذه الإقامة حق للغير هو الأب – أو غيره من العصبات – فى رؤية الصغير ، والتعريف على حالة ، وحق للمحضون أن يرى هو أباه أو عصبته .

وأمر القاضى الحاضنة بالانتقال بالمحضون إلى مكان الحضانة – هو فى الواقع أمر للمحضون بالعودة إلى مكان الحضانة لتعلق حق والده فى ذلك ، وما توجيه الأمر إلى الحاضنة ، إلا لأن المحضون فى يدها ، فهى مسلطة فى ذلك شرعاً ، وهى تمثل المحضون بسبب هذه اليد ، بل والمحضون له لا يباشر حقوقه بالنسبة للمحضون إلا من خلال حاضنته بسبب يدها عليه ، وتمثيلها له فى هذه الفترة التى أذن لها الشارع بها .

وقد تكلم الفقهاء فى القرب والبعد بين مكان الحضانة والمكان الذى تنتقل إليه الحاضنة بالمحضون ، فقالوا إن المسافة بين المكانين إذا كانت بحيث يمكن للأب مطالعة ابنه والعودة إلى محله نهاراً ، فإن المكانين يكون بينهما قرب ويجوز للحاضنة الانتقال إليه بدون إذن الأب . أما إذا كان بين المكانين مسافة بحيث لا يتمكن الأب من رؤية صغيره والعودة إلى أهله فى نهاره ، فإن انتقال الحاضنة لا يكون إلا بإذن الأب . ولم يضع الفقهاء حداً جامعاً مانعاً للبعد ين المكانين ، ولم يجعلوا لذلك ضابطاً ومعياراً ، وإنما على سبيل المثال للضرر الذى يصيب من له حق الحضانة أو له حق رؤية المحضون فى زمانهم ومكانهم ، وبحسب المواصلات التى كانت قائمة عندهم . ولذلك فإن القاضى يقع عليه عبء تقدير البعد والقرب بين مكان الحضانة والمكان المراد الانتقال إليه وذلك بحسب ظروف المواصلات اللازمة للانتقال ، والمألوف الميسور منها عادة على الكافة ، والضرر الذى يصيب صاحب الرؤية من جراء انتقال الحاضنة بالمحضون ، والقاضى فى ذلك يحكمه زمانه وعصره ، وما يجرى فيه ، لا زمان غيره السابق عليه .

والفقهاء الذين لم يضعوا ضابطاً للمسافة بين مكان الحضانة والبلد الذى تنتقل إليه الحاضنة بالمحضون ، لم يشترطوا نوع سفر معين ، ولا وسيلة انتقال خاصة ، ولذلك قالوا بمعيار مرن هو أن صاحب حق الرؤية ينظر ابنه ويعود إلى محله قبل الليل . هذا المعيار لم ينظر إلى نوع السفر ولا وسيلته ، ولذلك نراهم لم يتقيدوا بيوم السفر الشرعى المتضمن أن الرخصة فيه هو السير ثلاثة أيام بسير الإبل أو الأقدام لاختلاف المناط فى يوم السفر الشرعى وهو المشقة على المسافر ، أما السفر لرؤية المحضون فالمناط فيه الضرر على صاحب حق الرؤية حتى لا يبيت خارج منزله ، والضرر يندفع ما أمكن الذهاب والعودة قبل الليل بأى وسيلة مألوفة للكافة ويلاحظ أن سفر الحاضنة بالمحضون لا يسقط حقها فى أجر الحضانة سواء كان السفر بإذن الزوج أم بلا إذن ، لأن الفقهاء لم يذكروا من بين شروط أهلية الحاضنة إمساكها الصغير فى مكان الحضانة ، ولا عدم النقلة به إلى مكان آخر ، لأن سقوط أجر الحضانة فيه تقديم لحق الأب – عند التعارض بين حق الحاضنة فى الانتقال بالمحضون ، وبين حق الأب فى بقاء المحضون فى مكان الحضانة – على الحاضنة وحق المحضون ، وهذا التعارض يتقدم فيه حق المحضون فى أن يكون فى يد حاضنته . ولذلك نجد الفقهاء يقولون بمنع الحاضنة من السفر بالمحضون من بلد ليس لها حق الخروج إليه ، ولم يقولوا بسقوط حقها فى الحضانة بهذا الخروج ، وكل ما قالوه من جزاء هو أن للأب أن يمنعها من السفر ، كما أن له أن يمنع زوجته من الخروج بغير أذنه . وسبب ذلك أن حق الحضانة للأم نظراً لمصلحة الصغير وما دامت الأم متصفة بشروط الحضانة فلا يزيل

حقها فيها انتقالها بالصغير ، إلا إذا تنازلت هى عن حقها أما إذا عصيت وانتقلت فيعاد إرجاعها إلى مكان الحضانة .

ومكان الحضانة الذى يتعلق به حق العاصب ، هو محل إقامته الذى ثبت له وقت مطالبته الحاضنة بالانتقال إلى هذا المحل ، فإذا غير العاصب محل أقامته بعد ذلك ، وطلب من الحاضنة الانتقال إلى هذا المكان الآخر – الذى انتقل هو إليه – كان للحاضنة أن تدفع هذا الطلب بعدم أحقية العاصب فيه ، لأن حقه قد ثبت فى محلة معينة ، وتغييرها لا يلزم الحاضنة بذلك ، لأن كثرة تغيير محل إقامة العاصب فيه ضرر ومشقة على صاحبة حق الحضانة التى فى يدها المحضون ، والضرر يزال إذ لا ضرر ولا ضرار فى الإسلام .

انتقال الأب بالمحضون

لا يجوز للأب أن ينقل المحضون الذى فى سن الحضانة بعيداً عن الأم الحاضنة . إلا برضاها – ما دام الصغير فى سن الحضانة – سواء أكان المكان الذى ينقله إليه بعيدّاً أم قريباً ، بحيث يمكنها أن تبصر صغيرها ثم ترجع إلى مكانها فى اليوم نفسه ، لأنه إذا كان للأم حق الحضانة ، فإن الأب يمنع من أخذ المحضون منها ، فضلاً عن إخراجه من محل إقامتها . والفقهاء على أنه لا يجوز للأب إخراج المحضون من بلد الحاضنة الأم ولو قام بها مانع من الحضانة بزوال المانع منها . ومكان حضانة الأم هو محل إقامة الزوجية بينها وبين زوجها وقت الفرقة . أما مكان الحضانة بالنسبة لغير الأم ، فهو مكانها بالنسبة لهذه الحاضنة .

ويرى الفقهاء أن مكان الحضانة إذا كان هو محل إقامة الأب ، كلما انتقل ، للزم من ذلك إخراج الأب ولده من بلد حاضنته ، وهذا محظور ، وفضلاً

عن ذلك فإنه لو كان محل الحضانة هو محل إقامة الأب فى أى وقت كان لكان فى يده بمقتضى ذلك إبطال حق الحاضنة فى الحضانة بانتقاله من مكان إلى آخر .

كما أن الفقهاء يقررون أن الأب لا يخرج بصغره من محل إقامته قبل استغنائه عن حضانة أمه . كما أنه إذا خرج الأب بالصغير مع أمه ثم ردها لأى سبب ، ثم طلقها فعليه أن يرد صغيرها إليها ، لأنه وإن أخرجها إلا أنها لما خرجت مع الأب لم تكن راضية بفراق صغيرها ، فإذا ردها ثم طلقها لزمه رد صغيرها إليها لكى تباشر حقها ، ولكى يحصل الصغير على حقه ، فى أن تحضنه أمه فى فترة حضانته .

والقول بعدم جواز الانتقال بالصغير إلى مكان بعيد إنما هو خاص بالمطلقة والأب فقط ، فقد جاء فى ابن عابدين جزء ٢ فى باب الحضانة " سئل العلامة منلا التركمانى عن يتيم فى حضانة أمه له جد لأب يريد منع أمه من السفر به من بلدها الى تزوجت فيها إلى بلد أخرى ، فهل لجده منعها ؟ فأجاب بأن الواقع فى كتب المذهب متوناً وشروحاً تقييد المسألة بالمطلقة والأب ، ولم نر من أجراها فى غيرهما ، مفاده أن الجد ليس له منعها "

عمل الحاضنة وأثره على حقها فى الحضانة

فى ثبوت حق الحضانة للحضانة ، قال الفقهاء ، تثبت الحضانة للأم ، بعد الفرقة ، إلا أن تكون مرتدة ، أو فاجرة ، أو غير مأمونة على المحضون ، بأن تخرج من دارها كل وقت وتترك المحضون ضائعاً ، بمعنى أن تكون كثيرة الخروج من مسكن الحضانة ، ولا يلقى المحضون – عندها – حظه من حضانتها ، فيضيع عندها بسبب عدم اكتراثها به ، أو بوجوده فى يدها لتحضنه ، الأمر الذى يترتب عليه ترك الولد يضيع ، وهو فى حكم الأمانة

عند حاضنته ، ومضيع الأمانة لا يستأمن . مؤدى ذلك أن الفقهاء لم يذكروا من مسقطات الحضانة ، كون الأم الحاضنة صاحبة حرفة – أو صنعة – أو عمل تتكسب منه لأن الاحتراف فى ذاته ليس جريمة أو نقصاً فى أهلية الحاضنة تعاقب عليه بحرمانها من حقها فى الحضانة . ولا يمكن أن تنظر الشريعة الإسلامية مثل هذه النظرة . لأن فى أحكامها من المرونة والسعة ما يلائم جميع الظروف والأحوال . فإذا كانت الحاضنة المحترفة لا يضيع عندها المحضون ، فلا يقال إذن إن الاحتراف مانع لها من الحضانة .

ومن هذا يبين أن احتراف العمل فى حد ذاته ليس مسقطاً لحق الحضانة ، وإنما المسقط لهذا الحق فى مجال الحضانة ، هو ضياع المحضون وإهماله عند حاضنته . وقد قضى بأنه إذا كانت ظروف الحاضنة التى تقوم بالتدريس تسمح بإرضاع صغيرها فى الأوقات الواجبة . وكان لها مع ذلك خادم يقوم بخدمة هذا الرضيع وحفظه اعتبرت الحاضنة قادرة على صيانة الرضيع طبقاً لما تشير إليه نصوص الفقهاء فى باب الحضانة . كما قضى بأن الشريعة الإسلامية لا تمنع المرأة من الاحتراف لطلب القوت إذا كانت مطلقة ولا عائل لها ، ولا مانع يمنع الأم من حضانة ولدها ، وهى محترفة لتجلب قوتها ، ولو كانت حرفتها صغيرة ، ما دام الولد مصوناً ، غير ضائع عندها ، ومؤدى ذلك أن القضاء قيد احتراف الزوجة بألا يكون هذا الاحتراف مؤدياً إلى المساس بحقوق المحضون عليها أو يكون فيه مضارة له ، وبالتالى لا يكون الاحتراف فى حد ذاته خروجاً على أحكام الحضانة ، مانعاً من القيام بها .

حقوق المحضون على حاضنته

قرر فقهاء الشريعة الإسلامية أن مدار الحضانة على نفع المحضون ، ونفع المحضون يتعلق به حقوقه فمتى تحقق نفعه وجب المصير إليه ، وتعلق به حقه . فإذا صار المحضون في يد حاضنته ترتبت له حقوق عليها ، وهذه الحقوق منها :

١) حقه في حفظه ، وألا يترك حتى يهلك أو يضيع . فالحضانة مقررة لمصلحة الصغير وهي من نوع الولاية عليه ، وهي ولاية نظر ورعاية وما دامت هذه الولاية قد تقررت للحاضنة في مرحلة معينة ، فقد وجبت عليها واجبات نحو المحضون ، وهذه الواجبات هي حقه في الحفظ والتربية اللائقة به ، والإشراف عليه في مدة معينة ، وألا يضيع عند حاضنته ، أو يتخلق بأخلاق أهل الفساد فإذا خالفت ذلك ، فقد أضاعت حق الصغير ، وأسقطت حقها في حضانته لعدم أمانتها عليه .

٢) الإنفاق على الصغير . قرر فقهاء الشريعة الإسلامية أن ولاية الإنفاق على الصغير تعتمد اليد الممسكة له شرعاً ، والحاضنة لها يد على المحضون ، وهذه اليد قائمة بحكم الشرع . ولذلك قرر الفقهاء للحاضنة الحق في أن تخاصم والد المحضون في نفقته . وتطالب بأداء النفقة لها ما دام المحضون في يدها . وللحاضنة أيضاً أن تخاصم كل من تجب عليه نفقة الصغير – غير والده – وتطالبه بالنفقة . ولازم ذلك أن تتولى الحاضنة إنفاق ما يقرر للمحضون من نفقة ، عليه وعلى شئونه الخاصة به ، حتى تعود عليه بالنفع . فإذا ثبت أن الحاضنة لا تنفق على الصغير النفقة التي أداها والده ، فإنها تكون غير أمينة عليه ، ويكون من حق والده أن يطالب إسقاط حضانتها . وقد قضى بأن ما يجعله الأب من نفقة

الصغير إلى حاضنته يعتبر أمانة فى يدها ، تنفقها عليه فى الزمن الذى عجلت عنه ، فإذا خرج الولد من يدها كان من حق الأب استرداد ما بقى من المعجل ، ما لم تدع الحاضنة هلاكه .

ولا يقف دور الحاضنة – فى الإنفاق على المحضون – على ما يصلها من والده وإنما عليها أن تنفق عليه من مالها إذا لم يكن للمحضون من ينفق عليه سواها ، حتى لا يهلك الصغير فى يدها ، ويدها عليه يد أمانة . وكذلك الحال إذا كان للمحضون من ينفق عليه . ولكن النفقة لم تصلها ، فعليها أن تنفق على المحضون ، حتى تصل إليها نفقته . وإذا أنفقت الحاضنة من مالها على المحضون ، وأرادت الرجوع بما أنفقته ، فيجب أن نفرق بين حالتين :

أ) إذا أنفقت الحاضنة من مالها – على المحضون – بعد الحكم لها بنفقة الصغير على أبيه ، فإن هذا الحكم ، مضافاً إليه تسليط يدها على الصغير بالحضانة المقرر لها ، فيه قرينة على عدم إرادتها التبرع بما أنفقت ، ويثبت لها حق الرجوع على الملزم بنفقة الصغير ، لأن ما أنفقته على المحضون ، هو حقه فى أن ينفق عليه ذو اليد ، ومتى تم الإنفاق ، فإنه يكون قد استوفى حقه ، ولا يكون ما أنفق ديناً على الملزم بنفقته ، إذ لم يبق له شئ ، بعد أن حصل على نفقته . وإنما يكون – ما تم إنفاقه – ديناً للحاضنة التى أنفقت من مالها ، وتكون بحكم الضرورة – كمن أذنه الأب بالإنفاق على أولاده ، فأنفق عليهم ، فإن الدين يكون له لا للأولاد ، ولا يكون هذا الدين فى حقيقة أمره دين نفقه ، وغنما دين قرض ، أو شبيه بالقرض . فقد جاء فى كتب المذهب الحنفى [1] " سئل أبو بكر عن صبى

---

[1]) التتارخانية فى أوائل نفقات ذوى الأرحام .

بين الأبوين فرض القاضى له النفقة على الأب ، فاجتمعت النفقة - أى تجمدت عند الأب مدة - وكانت الأم تنفق من مالها ، قال إن لها مقدار ما أنفقته بعد ما فرض القاضى ، فهى إنما تطالب بمالها الذى أنفقته ، لا بنفقة - هى - للصغير ، فهى تطالب بدين لها لا للصغير " . ورجوع الحاضنة بهذا الدين لا يتأثر ببقاء الصغير حياً ، أو بموته ، ولا ببقاء من فرضت عليه النفقة أو هلاكه .

ب) إذا أنفقت الحاضنة من مالها على المحضون - من تلقاء نفسها - فليس لها أن ترجع بما أنفقت على مال هذا المحضون إلا بأحد أمرين :

أولاً : أن يأذن لها القاضى بالإنفاق ، بمعنى أن تلجأ الحاضنة إلى للقاضى تشرح أمر محضونها ، وأنها لا تجد له مالاً أو منفقاً ، أو أن حصولها على النفقة له يحتاج إلى وقت ، وأنها ستنفق عليه ما مالها لترجع بما أنفقت ، فإن أذن لها ، كان لها أن ترجع فى مال الصغير إن ظهر له مال ، أو ترجع على الملزم بنفقته .

الثانى : الإشهاد بأنها أنفقت على المحضون من مالها لتأخذ فيما بعد من ماله . بمعنى أنها تعد البينة الكاملة على أنها تنفق من مالها على المحضون لترجع بما أنفقت .

وسبب اشتراط إذن القاضى أو الإشهاد على الإنفاق نفى إرادة التبرع بالإنفاق على الصغير من مالها ، لأنها إذا كانت متبرعة فليس لها أن ترجع على مال الصغير - أو الملزم - بما أنفقت من مالها .

٣) حق الصغير فى رؤية والديه ، وحقهما فى رؤيته

حق رؤية الصغير وهو فى سن الحضانة - أو فى مرحلة ضمه لعاصبه - نظمت الفقرة ٢٠ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بعض أحكامه ، فنصت

الفقرة الثانية منها على " أن لكل من الأبوين الحق فى رؤية الصغير أو الصغيرة . وللأجداد مثل ذلك عند عدم وجود الأبوين " ونصت الفقرة الثالثة على أنه " إذا تعذر تنظيم الرؤية اتفاقاً نظمها القاضى ، على أن يتم فى مكان لا يضر بالصغير أو الصغيرة نفسياً " ونصت الفقرة الرابعة على أنه " لا ينفذ حكم الرؤية قهراً . ولكن إذا امتنع من بيده الصغير على تنفيذ الحكم بغير عذر أنذره القاضى ، فإن تكرر منه ذلك ، جاز للقاضى بحكم واجب النفاذ نقل الحضانة مؤقتاً إلى من يليه من أصحاب الحق فيها لمدة يقدرها "

فرؤية الصغير إذن حق ثابت لكل من والدية شرعاً وبحكم القانون . وحرمان أحدهما من ذلك فيه ضرر به ، والضرر منهى عنه بعموم الآية الكريمة " لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده " كما أن فيه قطع لصلة الرحم ، أى قطع لما أمر الله به أن يوصل ، فضلاً عن النيل من صاحب حق الرؤية .

فقهاء الشريعة الإسلامية - قبل تدخل المشرع الوضعى - قد نظموا حق رؤية الصغير قال فى التتارخانية " اللود متى كان عند أحد الأبوين ، لا يمنع الآخر عن النظر إليه " وقال الأحناف أيضاً " لا يجوز للأب أن يسافر بولده قبل مدة الحضانة - ولو سقط حق الحاضنة - إلا إذا كان الخروج به إلى مكان قريب ، وهو ما يمكنها أن ترى ولدها ، وترجع إلى منزلها فى يومها الذى سافرت فيه ، وذلك لأن لها حق التعهد والرؤيا لولدها بدون أن يلحقها مشقة فى ذلك " ولا شك أن الخروج بالصغير المحضون إلى ماكن بعيد يمنعها من ذلك ، ولا يمكنها مشاهدة ولدها إلا بضرر ومشقة ، فكان ممنوعاً ، رفقاً بالأم .

وللأب شرعاً أن يرى طفله الصغير فى أى وقت يشاء ، ولا يصح للحاضنة منعه من ذلك ، لأن الطفل فى حاجة شديدة إلى رعاية والده ، ومن الظلم أن يحرم الوالد من رؤية ولده ، مع ما هو مفطور عليه من الشفقة والحنو عليه .

أصحاب حق رؤية الصغير عند حاضنته

رؤية الصغير حق والديه ، فالأم من حقها أن ترى ولدها عند حاضنته حتى لا تضار بولدها . وهذا الحق من جانب الأم مترتب على وصف كونها أماً ، وعلى الرفق بها (1) ، وبالصغير ، ولن يترتب حق الرؤية بالنسبة للأم على وصف الحضانة ، لأن الأم إذا سقطت حضانتها لأى سبب ، وأخذ الأب صغيره ، وكان له ألا يجبر على إرسال الطفل إلى أمه لتراه ، إلا أنها إذا أرادت رؤيته فإنها لا تمنع من ذلك ، ولا يستطيع الأب منعها ، وهذا الحكم خاص بالأم ، ولم يتقرر لغيرها من الحاضنات . ولذلك قرر الفقهاء بقاء حق الأم فى رؤية ولدها قائماً ما دام فى يد الحاضن .

والأب له شرعاً حق رؤية صغيره عند حاضنته حتى لا يضار بولده . كما أن المحضون فى حاجة شديدة إلى رؤية والده ورعايته .

ويشترط لاستعمال حق رؤية ألا يصادم حقاً للصغير ، لأنه فى كل مسائل الصغير يتعين مراعاة مصلحته قبل مصلحة والديه ، فمتى تحققت مصلحته وجب المصير إليها دون التفات إلى حق طالب الرؤية . أباً كان أم أماً ، كما أنه لا يصح أن يتخذ حق الرؤية ذريعة للإخلال بحق الحاضنة ولا لإنقاصه .

---

(1) طالعتنا جريدة الأهرام بأن طفلا أمريكيا رفع دعوى على أمه الحقيقية – النسبية – يطلب فيها ضمه لأمه بالتبنى كى تحضنه ، وأجابت المحكمة طلبه ، وحكمت بضمه للأم بالتبنى .

والمنصوص عليه فى كتب الأحناف متوناً وشروحاً أن حق رؤية الصغير خاص بوالديه ولم يجرها من الفقهاء أحد فى غيرهما . غير أن نص القانون جعل للأجداد حق رؤية الصغير - عند عدم وجود الأبوين - والمقصود بعدم وجودهما ، وفاتهما أو وفاة أحدهما ، أو عدم وجودهما بالبلد الذى فيه الحاضن ، والمقصود بالأجداد الجدين لأب والجدين لأم .

تنظيم حق الرؤية

تنظيم حق رؤية الصغير عند حاضنته متروك للاتفاق بين صاحب حق الرؤية وبين من بيده الصغير ، فلهما أن يتفقا على الرؤية ويحددا الزمان والمكان والمدة . وبذلك يكون أمر الرؤية ميسراً لهما ، ولا يضار من بيده الصغير ، كما لا يضار صاحب حق الرؤية بصغيره ، ولا يحرم الصغير رؤية والده . وقد نص القانون على أن الأصل هو تنظيم الرؤية اتفاقاً إذ ورد النص بأنه " وإذا تعذر تنظيم الرؤية اتفاقاً " مما مؤداه أن يصار إلى الاتفاق أولاً ، وهذا هو المنطق السليم بين العقلاء من الآباء حتى يكون الأمر بينهما مبنياً على التراضى من أجل صغيرهما ، حتى ولو كان بينهما افتراق ، وذلك حتى يظهرا أمام الصغير بمظهر الأبوة السليمة الرشيدة ، ولا ينقل الصغير عنهما إلا عطف الأبوة وحنوهما عليه .

إذا تعذر تنظيم الرؤية اتفاقاً ، كان تنظيمها قضاء ، فالقاضى لا يظهر دوره إلا عند تعذر الاتفاق بين الأبوين . وفى هذه الحالة يلجأ طالب الرؤية إلى القاضى لينظم حق الرؤية بينهما ، فيحدد الزمان والمكان ومدة الرؤية . حتى لا يتخذ صاحب حق الرؤية حقه ذريعة لإقلاق راحة الحاضنة أو الإضرار بها .

ويكون اللجوء إلى القاضى لتنظيم حق الرؤية بطلب على عريضة ينظره القاضى ويصدر فيه أمراً ينظم فيه هذا الحق ، وليس حكماً ، حتى لا يتعطل حق الرؤية بطول إجراءات التقاضى ، وتضار الوالدة بولدها والمولد له بولده .

وقد اشترط القانون أن تكون رؤية الصغير فى مكان لا يضر به نفسياً . ولما كان نص القانون لم يحدد وقتاً يرى فيه صاحب حق الرؤية صغيره ، ويجلس معه فيه ، فإنه لا على القاضى إن هو حدد الوقت وقدره بحسب ظروف الحال . وقد قضى بأن الفقه لم يحدد طريق تنظيم حق الرؤية ، ولذلك يجب تطبيق قواعد الشريعة العام وقياس الأمور بأشباهها ، ولذلك – ودفعاً للضرر – لا يستوفى حق الرؤية ليلاً لأنه وقت نوم وسكون . أما المدة الفاصلة بين كل رؤية وأخرى ، فقد أغفلها القانون ، إلا أن عمل المحاكم قبل تنظيم حق الرؤية بالقانون قد جرى على تحديد موعد الرؤية قياساً على ما نص عليه الفقهاء من أن لوالدى الزوجة زيارتها كل جمعة وليس للزوج منعها من ذلك . إلا أن ابن عابدين فى باب الحضانة نقل عن الحاوى " وله إخراجه – أى الصغير – إلى مكان يمكنها – الأم – أن تبصر ولدها كل يوم كما فى جانبها " بما مؤداه أن يمكن لكل من والدى المحضون أن يراه فى كل يوم مرة . وعلى هذا يسوى الأب بالأم فى تحديد الزمن الفاصل بين الرؤيتين . غير أن القاضى هو صاحب الحق فى تقدير الحد الفاصل بين رؤية وأخرى بما لا يضر بالصغير أو الحاضن .

مكان رؤية الصغير

اشترط القانون أن تكون رؤية الصغير فى مكان لا يضـــر بــــه نفســـياً ، والقاضى هو الذى يتولى تحديد مكان رؤية الصغير مع مراعاة ظروف كل من الحاضن والمحضون وصاحب حق الرؤية ، والملابسات الحيطة بهم .

حكم الرؤية وتنفيذه

النزاع حول رؤية الصغير يمكن تصوره فى حالتين :

الأولى : أن يثور النزاع حول هذا الحق أثناء نظر دعوى الحضــانة ، أو دعوى الحفظ أو دعوى الضم ، فيطلب صاحب الحق فى رؤية الصغير من القاضى أن ينظم له هذا الحق لتعذر اتفاقه مع من بيده الصغير ، فى هــذه الحالة يصدر القاضى قرارا يحدد فيه حق الرؤية لطالبها ومكانها وزمانها ومدتها . هذا القرار لا ينفذ جبراً على من بيده الصغير . فإذا امتنع عــن تنفيذه أثَّرَ امتناعه على الحكم الذى يصدر فى الدعوى المتداولة بينهما ، إذا يجوز للقاضى أن يتخذ من هذا الامتناع قرينة على أن من بيده الصـــغير ليس جديراً بالحماية ، أو أن الصغير فى يده لا يمكن الاطمئنان على حفظه ، لأن الامتناع فيه ضياع حق لصغير ، هو حقه فى أن يرى والده – كما أن تفويت الرؤية على صاحبها . كما يجوز للقاضى بــدلاً مــن رفــض الدعوى أن يحول الصغير إلى حاضن آخر يلى الحاضن الذى بيده الصغير

الثانيـــة : إذا كان الصغير فى يد الحاضنة ، فإن طلب رؤيته يكون علـــى عريضة ، يصدر القاضى عليها أمره ، ويكون هذا الأمر غير واجب النفاذ . وقد يكون طلب الرؤية بطريق الدعوى – دعــوى الرؤيـــة – والحكــم الصادر فيها لا ينفذ جبراً ، وإنما يعلن لمن بيده الصغير ، فإذا امتنع عــن تنفيذ هذا الحكم – بغير عذر – كان لصاحب الحق أن يرجع إلى القاضـــى

لينذر الحاضن ، فإن تكرر الامتناع عن تنفيذ الحكم عاد طالب الرؤية إلى القاضى الذى يجوز له أن يحكم بحكم واجب النفاذ ينقل الحضانة مؤقتاً إلى من يلى الحاضن من أصحاب الحقوق فيها لمدة يقدرها القاضى . وعلى هذا جاء نص الفقرة الرابعة من المادة ٢٠ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

تقرير نص القانون بشأن حق الرؤية

١) أقر النص حقاً كان قائماً طبقاً لأحكام المذهب الحنفى ، وقد كان عمل المحاكم جارياً على أن يمكن صاحب الحق فى رؤية صغيره من رؤياه . ولهذا لم يأتِ القانون بحكم جديد . فقد قضى بأن الولد متى كان عند أحد الأبوين لا يمنع الآخر من النظر إليه وتعهده .

٢) نص القانون لم يكن حاسماً بشأن رؤية الصغير ، فقد افترض النص أمرين :

أولهما : أن يتفق الوالدان على رؤية الصغير ، وتنظيم هذه الرؤية رضاء لا قضاء .

ثانيهما : أن يتعذر الإتفاق على تنظيم رؤية الصغير فيقوم القاضى بتنظيم هذا الحق .

ورغم تدخل القاضى إلا أن تدخله قد ينتهى بعدم رؤية الوالد لوالده . وسبب ذلك :

١) هناك خلاف بين الوالدين حول حق الرؤية .

٢) القانون لم يحسم النزاع لأن امتناع من بيده الصغير عن تمكين الآخر من رؤيته لا جزاء له سوى إنذار من القاضى . فإذا تكرر الامتناع جاز للقاضى بحكم واجب النفاذ نقل الحضانة مؤقتاً إلى من يلى الحاضن مدة يقدرها القاضى . فالقاضى إذن لم يمكن طالب الرؤية من رؤية الصغير ،

وكل ما فعله بعد شوط كبير من إجراءات التقاضى هو نقل الحضانة مؤقتاً إلى حاضن آخر . ومؤدى ذلك أن على صاحب حق الرؤية أن يتخذ من جديد إجراءات طلب رؤية صغيره فى مواجهة الحاضن الجديد وتكون النتيجة أن تنتهى الإجراءات بنقل الحضانة إلى حاضن آخر وهكذا .

٣) السبب فى عدم حسم النزاع هو قول المشرع " ولا ينفذ حكم الرؤية جبراً " فأفقد الحكم قوته ، فى حين أجاز للقاضى أن يصدر حكماً واجب النفاذ بنقل الحضانة عند تكرار الامتناع من تنفيذ الحكم . واعتقد المشرع أن القاضى سيجد حاضنة تالية تقبل الحضانة إلا إذا كانت متواطئة مع الحاضنة السابقة .

وليس بهذا المنهج التشريعى تنتهى الأمور ، وخصوصاً الاجتماعية منها ، وهى تطلب الحسم السريع ، وبغير التنفيذ القهرى الذى تردد المشرع فى النص عليه . إذا من الممكن أن تحسم الأمور بدون التنفيذ القهرى للحكم ، وذلك بإسقاط حق الممتنع عن تنفيذ الحكم ، ونقل الحضانة إلى طالب الرؤية .

٤) إزاء تنفيذ المادة ٢٠ لحق الرؤية على صاحبها ، وما ترتب على ذلك من خلافات بين الأبوين يضيع بسببها المحضون أرى أن تعدل صياغة النص كالتالى :

" إذا تعذر تنظيم الرؤية اتفاقاً نظمها القاضى بأمر على عريضة "

" وإذا امتنع من بيده الصغير عن تنفيذ هذا الأمر ، سقط حقه فى حضانة الصغير ، وانتقلت بأمر القاضى إلى طالب الرؤية – أباً كان أم جداً – حتى يطلبها من يلى الحاضنة من أصحاب الحق فى الحضانة .

بهذا التعديل التشريعى يضع المشرع حداً للتلاعب بحق الصغير فى رؤية والديه وحقهما فى رؤيته . ويمنع الحاضن المشاكس من الغلواء فى تصرفه مع صاحب حق الرؤية . فإذا علم أن تلاعب مؤد لا محالة إلى سقوط حقه فى الحضانة ، وبأسرع وقت ، بادر على الفور بتسهيل إجراءات الرؤية لطالبها ، ومن بينها الاتفاق رضاء – لا قضاء – عليها . وهذا وحده كفيل لتقوية الترابط بين الولد وولده ، ويدفع المضارة عنهما . وبهذا التعديل التشريعى – أيضاً – يمتنع التنفيذ الجبرى بل وقد يمتنع اللجوء إلى إجراءات التقاضى للحصول على حكم برؤية الصغير .

ضم الصغير إلى العاصب [١]

قرر فقهاء الإسلام أن الحضانة تكون أولاً للنساء ؛ لأنهن أشفق وأهوى إلى تربية الصغار ، ثم بعد ذلك تتصرف إلى الرجال . لأنهم على الحماية والصيانة وإقامة مصالح الصغار أقدر . ولذلك فإن ضم الصغير لأبيه – متى تجاوز أقصى سن الحضانة – حق مشروع للأب والصغير ، ومقيد بالمنفعة من الجانبين ، ولذلك قيل من حق الصغير ضمه لأبيه بعد بلوغه أقصى سن الحضانة ، ومن حق الأب ضم ابنه إليه ، لأنه أقدر على تأديبه وتعليمه ، ولأن نفقته وصيانته عليه . ومن المقرر شرعاً أن من له ولاية ضم الصغير يجبر على ضمه حتى لا يضيع الصغير وهو فى بداية حياته والصغير – بعد حضانة النساء – لا يضم إلا إلى عصبته ، يتقدمهم الأب العاصب . والعاصب شرعاً ، هو كل رجل يحوز جميع التركة إذا انفرد

---

[١]) العاصب النسبى هو كل قريب ينتسب إلى الشخص – لا بواسطة الأنثى وحدها – سواء انتسب إليه مباشرة بدون واسطة كالابن والأب ، أو بواسطة الذكر فقط كالأخ لأب وابن الابن ، أو بواسطة الذكر والأنثى معا كالأخ الشقيق ، هؤلاء يأخذون التركة كلها إن لم يكن هناك صاحب فرض أصلاً أو كان هناك صاحب فرض ولكنه محجوب بالعاصب حجب حرمان . (أحكام الميراث والوصية والوقف للدكتور عبد المجيد مطلوب) ،

بها ، أو يحوز ما أبقته أصحاب الفروض ، فإذا كان العاصب لا يستحق فى التركة بسبب وجود غيره – الذى يسبقه فى الاستحقاق – قدم هذا الغير عليه فى باب الحضانة . والمقصود بالتركة هنا هى تركة المحضون – إذا فرضت وفاته .

وضم الصغير إلى عاصبه ، كما يكون بعد تجاوز سن الحضانة ، قد يكون قبلها ، وذلك فى حالة ما إذا لم توجد حاضنة من النساء السابق ذكرهن ، أو وجدت ولكنها غير أهل للحضانة ، أو لم تقبل – هى – حضانة الصغير ، ولم تتعين لحضانته ، فى هذه الحالات ينتقل حق الحضانة إلى العصابات ، بل يجبروا عليه .

وقد وضع الفقهاء شروطاً لحضانة الرجال هى شروط حضانة النساء ، وكلها مقيدة بمنفعة الصغير ، وعدم ضياعه عند من هو فى يده ، فإذا كان العاصب متصفاً بوصف يوجب ضياع الوالد عنده ، وعدم القيام بشئونه ، فلا حق لهذا العاصب فى ضم الصغير إليه ، بل ينتقل هذا الحق إلى من يليه من العصبات ، وإلا فإلى ذى الرحم من الصغير ، بشرط أن يكون مأموناً عليه ، ولا يضيع عنده أيضاً . وقد قضى بأن العاصب إذا كان مريضاً بالشلل ، ومقعداً ، وملازماً لفراشه ، وعاجزاً عن القيام بشئون نفسه ، فرجل هذا حاله ، لا يقال أنه قادر على القيام بشئون غيره ، وفى وسعه تربية الصغير وتعهده والمحافظة عليه ومن ثم لا يكون أهلاً لحضانة . كما قضى بأن الصغير لا يضم إلى عاصبة ، إلا إذا كان أميناً عليه فى نفسه ، وفى ماله ، محافظة على نفس الصغير وعلى ماله من الاعتداء عليها . ولم يشترط الفقهاء فى العاصب – طالب الضم – أن يكون غير متزوج ، أو يكون قادراً بدنياً . كما لم يشترطوا فيه عدالة أو

تقوى ، فمتى كان غير معروف بخيانة الأموال ، ولا بالاعتداء على النفس ، كفى ذلك فى صلاحيته لضم الصغير إليه ، ولو كان عاصياً من ناحية أخرى ، مما لا اتصال لها بجرائم الأموال والنفس ، أو كان أعزباً أو كبير السن أو مريضاً أو مقاضياً والدة الصغير فى حقوق يرى أنه أحق بها منها ، كضم الصغير إليه أو نحوه ، لأنه لا ارتباط بين تلك الأوصاف ، وبين الأمانة على الصغير فى نفسه وفى ماله . والقول بأن ذلك يخل بصلاحية ضم الولد إلى عاصبه ، لا يستند إلى دليل فقهى ، ولا ملحظ عرضى ، وعلى فرض صحة أن بالعاصب تلك الأوصاف ، فلا يلتفت إليه .

وضم الصغير إلى عاصبه قصد به رعاية هذا الصغير ، لا ملازمته ، حيث يكون ، ولذلك لن يشترط الفقهاء ذلك ، ولم يطلبوا من العاصب أن يقوم بنفسه بعمل المربية للصغير . وإنما عليه أن يتعهده ويرعاه ويحفظه ، على قدر حاله ، ما دام ليس فى ذلك ضياع للصغير . كما أن زواج العاصب بغير أم الصغير ليس مانعاً من ضمه إليه – بعد تجاوزه أقصى سن الحضانة – طالما أن الصغير لم ينله ضرر من جهة زوجة أبيه ، لأن مجرد زواج الأب بغير أم الصغير ، ليس مانعاً من الضم إلى الأب ، وإلا كان الضم أداة تفريق بين الأب وزوجته ، ولم يقل بذلك أحد من الفقهاء .

وحق الضم ، مقيد بالمنفعة ، سواء للصغير ، أو للعاصب صاحب هذا الحق ، ولا يجوز أن يكون فى استعمال هذا الحق ضرر ، أو إساءة فى استعماله ، لأن مكارم الأخلاق تأبى أن يجعل العاصب من استعماله حقه فى ضم الصغير إليه سبباً للإضرار بهذا الصغير ، إذ حق الضم إنما شرع لمصلحة هذا الأخير لتهذيبه وتقويمه وحمايته ، فإذا ثبت وقوع ضرر للصغير بسبب عاصبه نزع منه ، وعهد به إلى من يليه من العصبات .

وقد قضى بأن الصغير لا يسلم إلى أبيه إذا ثبتت إساءته إليه ، وإهماله إياه ، ومعاملته تنطوى على الإذلال والحرمان ، بدون مبرر ، وعلى وجه يعرض مستقبله للضياع ، وأخلاقه للفساد . كما قضى بأن الأب إذا كان عمله يستدعى وجوده خارج منزله فى كثير من الليالى ، وأنه متزوج بغير والدة المحضون ، فإنه لا يضم إليه ، كما أنه إذا ثبت أن العاصب متشرد لا صناعة له ، وأنه يحرز المخدرات وحبس بسببها غير مرة ، فإنه يكون فاسداً غير مأمون على ابنه الصغير فلا يسلم له ، لأن الغرض من الضم إلى العاصب بعد بلوغ السن التى ينزع فيها من يد الأم هو أن يتخلق بأخلاق الرجال ، ويتأدب بآدابهم . فإذا ما كان العاصب فاسداً ن انتفى الغرض من الضم ، وكانت مصلحة الصغير فى عدم ضمه إلى أبيه ، لا فرق فى ذلك بين الأب ، وغيره من العصبات ، إذ المدار فى ضم الصغير على دفع الضرر عنه ومراعاة منفعته . وقد نص الفقهاء على أن ضم الصغير إلى العاصب من باب الولاية على نفسه ، كما صرحوا فى غير موضع بان الأب إذا كان فاسداً يخشى منه على مال ابنه دفع ذلك المال إلى من يؤتمن عليه فأولى أن لا يضم الصغير إلى أبيه إذا خيف عليه أن يتخلق بأخلاق أهل الفساد .

والصغيرة إذا بلغت أقصى سن الحضانة ، فقد بلغت حد الشهوة ببلوغها مبلغ النساء ، ولذلك فهى فى حاجة إلى من يحفظها ، ويحافظ عليها ، ويصونها ، ويوجهها التوجيه الصحيح ، ويدفع عنها عبث العابثين . فببلوغ البنت تصبح مشتهاة – وهذه طبيعتها – ولا تكون لها خبرة بالحياة ، ولا تتدبر أمرها. وهى إذا كانت مشتهاة ، فإنما تكون كذلك فى نظر الرجال ، وهى أيضاً مقدمة على الزواج فى وقت ليس لها خبرة بمن يشاركها حياتها

. والأب ، والعاصب – الرحم المحرم من بعده – أقوى ، وأهدى على أن يبصرها ، ويعلمها الرجال ومعاملتهم ، ولا ينكر ذلك إلا مكابر .

ووجود البنت البالغة مع الأب ، فيه صالحها ، بما يجعلها تتابع تصرفات الحياة ، وتتعلم منه شؤون الرجال ، وتكتسب خبرته ، وهى أقدر على فهمه ومحاداته . والبنت تخطب – فى مجتمعنا – من أبيها – أو عاصبها – وهو يتحرى الكفاءة فى التزويج ، ومجتمعنا الإسلامى ينادى بذلك ويحرص عليه ، حتى تتكون الأسرة على ترابط . والحديث الشريف " أيما امرأة نكحت بغير أذن وليها فنكاحها باطل ".

والبنت إذا بلغت مبلغ النساء ، وكانت بكراً ، ضمها الأب إلى نفسه ، وكذلك الجد – دون قيد أو شرط – أما غيرهما من العصبات ، فشرط انضمامها إليهم أن يكون العاصب منهم رحماً محرماً منها – أى يكون محَّرماً عليها على التأبيد ، وان يكون غير مفسد ، لأن العاصب المفسد لا يسلم إليه المحضون .

وقد قضى بأن الأخ الشقيق إذا كان غير أمين على أخته لا تضم إليه . كما قضى بأن الأب العاق لا يجاب إلى طلب ضم بنته الكبيرة . ونقلها من منزل الأسرة إلى منزل ضرة أمها ببلد آخر ، لأن قصده حينئذ الضم . غير مشروع فيرد عليه ، ولأن البنت الكبيرة تتضرر عادة من المقام مع ضرة أمها .

وإذا كانت البنت بكراً ، ودخلت فى السن ، واجتمع لها رأى ، وعفة ، واعترضت على ضم العاصب لها ، ورأت أن تسكن وحدها أجيبت إلى طلبها ، بشرط ألا يكون هناك خوف عليها ، أو يخشى من سكناها منفردة . كما أنها إذا أثبتت أن النزاع مستحكم بينها بين أبيها فإنها لا تضم إليه ،

فإذا كان البنت كبيرة وقد بلغت مبلغ النساء من زمن بعيد ، وكثرت بينها وبين أبيها الدعاوى حول نفقتها وأجرة مسكن لها ، ولم يتخذ الأب إجراءات طلب ضمها إليه ، إلا بعد القضاء لها – بمقولة المحافظة عليها والعناية والإشراف على سيرها وسلوكها ، وصون عرضها وكرامتها ، فإنه قول لا تتجه إليه نفسه إلى بقصد إبطال المقرر لنفقتها ، ومن ثم لا يكون أهلاً لضمها إليه .

ادعاء البنت البكر استقلالاً عن العاصب الذى يطلب ضمها ، واقع يخالط قانون – لأن طلب العاصب ضم البكر إليه فيه دفع المنكر ، ودفعه واجب على من قدر عليه ، وهو هنا القاضى ، وفيه حق بالشرع والقانون .

أما ادعاء البنت دخولها ى السن . واجتماع الرأى لها فيه تعارض مع طلب العاصب الذى يلحقه عار استقلالها بالإقامة وحدها فى مسكن خاص ، هذا فضلاً عن أن طلب العاصب ضمها إليه فيه صلة رحم أمر الشارع الحكيم بصلتها ، وهذا كله من مسائل القانون التى يخالطها واقع . ومما تجدر الإشارة إليه أن الأحناف يرون أن من يرى بياض الشعر فهو أشيب وأشمط ، فإذا ارتفع عن ذلك فهو مسن . مما مؤداه أن المقصود بدخول البنت فى السن ألا تكون مطمع الرجال ، مشتهاة منهم ، بأن بلغت سناً لا تجعلها كذلك ، وإلا فهى مسنة ، ويكون لعاصبها الرحم المحرم حق ضمها إليه .

إذا كانت البنت ثيباً [1] فإنها لا تضم جبراً عنها ، إلا إذا كانت غير مأمونة على نفسها . وللأب والجد ولاية ضمها إلى كل منهما ، وكذلك الأخ والعم إذا لم يكن أحدهما مفسداً . أما إذا كانا كذلك فلا تضم إلى أحد منهما ،

[1]) الثيب من النساء هى التى تزوجت وفارقها زوجها بأى وجه كان بعد الدخول بها دخولاً حقيقياً . والثيب هى من ليست بكراً .

ويكون ضمها إلى من يليهما من العصبات ، بشرط أن يكون رحماً محرماً لها . وقد قضى بأن الجارية إذا بلغت مبلغ النساء بكراً أم ثيباً وكانت ليس لها أحد من العصبات المحارم المحرم المأمون علــى نفسـها خلالهـا – القاضي – تنفرد بالسكنى ، وإلا وضعها عند امرأة أمينة قادرة على حفظها ، لأن القاضي جعل ناظراً للمسلمين ، فإذا كان طلب ضمها غير مــأمون على نفسها ، وليس لها عاصب تال فى الترتيب ، ويخشــى عليهـا مــن سكناها منفردة بها إلى امرأة عليها يمكنها أن تحفظها ، دفعـاً للمنكــر ، وخشية من وقوعه .

مناط الحكم بالضم إلى العصبات ليس هو الأنوثة بذاتها ، بــل لمــا فــى الأنوثة من وصف الخوف من المضموم ، والعصبات ، وأولــى الأرحــام المحارم – المأمونين يتحقق فيهم هذا الوصف من مطلق المرأة – كطالبــة ضم للبنت – إذ هم يلحقهم العار إذا مس محارمهم الإناث مسبة أو أشــيع عنهم ما لا يمكن الرضا به ، وبذلك فهــم يكونــون أحفــظ لمحــارمهم ، وأحرص عليهم من مطلق النساء ، القضاة مطالبون بمراعاة ذلك .

هذا ويلاحظ – أن ضم البنت إلى عاصبها – غيــر الأب والجــد والأخ – شرطه ألا يكون فى عيال هذا العاصب ما يخاف على البنت المضــمومة منه ، فإذا كان كذلك تعين أن تضم البنت إلى عاصب تال له فى الترتيــب يتوافر فيه هذا الشرط .

إذا تزوجت الصغيرة بطل حق أوليائها فى ضمها إليهم ، لأنها بمجرد العقد عليها صارت فى طاعة زوجها ، ولو لم يدخل بها . إذ لو بقى حق الضم قائماً للأولياء مع زواجها لأدى ذلك إلى إبطال حق الــزوج فــى طاعــة زوجته له فى مسكن الزوجية ، وإلى انعدام أثر الزوجية . وقد ورد فــى

كتب المذهب الحنفى ما نصه " سئل فى صغيره غير مشتهاة لا تصلح للرجال بلغت من العمر ست سنوات فى حضانة جدتها لأمها الأهل للحضانة ، زوجها أبوها فهل تسقط حضانة الجدة بزواجها ؟ الجواب نعم ، والمسألة فى القنية . وهذا يدل دلالة واضحة على أن الزواج يسقط حق الضم .

حق ضم الصغيرة إلى العصبات قد يثبت لأكثر من واحد منهم ، ومن واحد منهم ، ومع ذلك فإن الحكم بالضم لأحدهم يجعله ثابتاً له على سبيل الكمال ، وليس لمن فى درجته أو فى درجة أسفل منه حق الاعتراض على ذلك ، إذ النص الشرعي يقضى بأن الحق الثابت لجماعة يكون ثابتاً بينهم على سبيل الاشتراك ، إلا إذا كان الحق مما لا يتجزأ فإنه يثبت لكل منهم على الكمال ومن ذلك حق الضم فإنه متى طلبه أحد من العصبة المستوين فى الدرجة ثبت له هذا الحق على سبيل الكمال، ومتى سبق بطلبه ، صح هذا الطلب ، وليس لمن فى على سبيل الكمال ، ومتى سبق طلبه ، صح هذا الطلب ، وليس لمن فى درجته ، أو فى درجة أسفل منه حق الاعتراض على هذا الطلب ، وإنما يكون للعاصب الذى له الحق فى الضن إليه ، – متى كان أسبق فى حق الحضانة – أن يقاضى المطلوب ضمها إليه ، لأنه لا تزال ذات شخصية مستقلة وإرادة منفصلة هن إرادة منفصلة عن إرادة من ضمت إليه ، فليس ثمة مانع من توجيه دعوى الضم إليها [1]

[1]) يتعين اختصام من سبق الحكم له بالضم من العصبات ولو كان تال فى الترتيب لرافع الدعوى حتى يفاضل بينهما ، فإن كان العاصب الآخر افضل واحق بالحضانة " أسقط القاضى حق الأول فى الحضانة ، وحكم بها لرافع الدعوى ، لأن الحكم بالحضانة او ضم الصغير هو حكم مؤقت بظروفه .

وقت حضانة العصبات وتربيتهم

يظهر دور العصبات فى الحضانة من وقت استغناء الصغار عن خدمات النساء ، أى من وقت بلوغ الصغير أقصى سن الحضانة ، وتسقط حضانتهن عند ذلك ، وتبدأ بعد ذلك حضانة العصبات . حيث القدرة على الحفظ والرعاية ، ودفع المخاطر عن الصغير ، واعداده للحياة ، وهذه كلها واجبات على العاصب ألزمه الشرع بأدائها نحو محضونه ، ولذلك كان مجرد بلوغ الصغير عشر سنوات والصغير اثنتى عشرة سنة منه لحضانة النساء ، ويظهر بعدها حق العصبات فى الضم ، كما أن مجرد بلوغ الصغير خمسة عشر سنة لا يقتضى إهدار حق العاصب ، وإنما يجب التثبت من صلاحية الغلام لمباشرة شئونه بنفسه والمحافظة على كيانه ، فإذا لم يكن كذلك تعين أن يبقى فى يد عاصبه حتى تظهر عليه علامات الرشد والسداد . والقانون حدد أقصى سن حضانة النساء ببلوغ الصغير عشر سنوات والصغيرة اثنتى عشر عاماً .

وقد رتب القانون العصبات أصحاب حق ضم الصغير إليهم ، ويتعين مراعاة هذا الترتيب عند الحكم لأحدهم بضم الصغير إليه ، مع مراعاة أن يكون العاصب مستوفياً شروط الحضانة الخاصة به ، إذ لا يسلم المحضون إلى عاصب لا يؤتمن عليه ولو كان أبوه . كما لا يسلم الصغير إلى عاصب مفسد ولا إلى عاصب بينه وبين الصغير خصومة ، لما فى ذلك من عدم الاطمئنان إلى أمانة العاصب على الصغير ولم يشترط الفقهاء فى العاصب صحة ولا زوجية ، ولا قدرة البدن ، ولا عدالة ولا تقوى . فمتى كان العاصب غير معروف بخيانة الأموال ولا بالاعتداء على النفس ، كفى

ذلك فى صلاحية لضم الصغير إليه ولو كان عاصياً من ناحية أخرى مما لا اتصال لها بجرائم الموال والأنفس .

وقد وضع القانون قاعدة فى ترتيب العصبات هذا الترتيب أساسها الاستحقاق فى الإرث – بفرض وفاة المحضون – مع مراعاة تقديم الجد الصحيح على الأخوة فى حق الضم . والعصبات فى حق الحضانة هم :

١) الأب . ٢) الجد الصحيح – أى أبو الأب وإن علا ، وهو مقدم على الأخوة فى استحقاق الحضانة فالجد ينزل منزلة الأب فى وجود النفقة عليه وحده فى حالة حجبه غيره من العصبات ، لحجة الأخ العصبى أو العم فيما إذا وجد معه أحدهما والقانون ينص على تقديم الجد الصحيح على الأخوة . ٣) الأخ الشقيق الحضون ، ثم بنوه ومن سفل من أولادهم . ٤) الأخ لأب ثم بنوه ومن سفل من أولادهم . ٥) العم شقيق الأب ، ثم العم لأب ثم بنو كل منهما .

هذا ويلاحظ أن للعم والأخ ضم الصغيرة إليهما عند عدم الأم إذا لم يخف منهما . أما إذا خيف عليها منهما فينظر القاضى امرأة ثقه فتسلم إليها .

وجاء فى البدائع من كتب الأحناف ، لو كانت الأخوة والأعمام غير مأمونين على نفس الصغيرة أو مالها لا تسلم إليهم . وقالوا إن كان من المحارم من لا يؤمن على صبى ليس له حق الإمساك ، وينبغى للقاضى أن يكون ذات بصيرة يراعى الأصلح للولد ، فإنه قد يكون له قريب ينظر إليه ببغض ويتمنى موته ، ويكون زوج أمه مشفقاً عليه ، فإن علم القاضى شيئاً من ذلك لا يحل له نزعه من أمه لأن مراد الحضانة نفع الولد . وقضى بأن العاصب المفسد كالحاضنة المفسدة ، يسقط حقه فى ضم وحفظه متى

ثبت فساده ، إذ القاعدة أن الصغير لا يضم إلا إذا كان أميناً عليه فى نفسه وفى ماله ، محافظة على نفس هذا الضعيف وعلى ماله من الاعتداء عليها إذا تساوى العصبات مستحقو الحضانة فى الدرجة يقدن أصلحهم ثم أروعهم ثم أكبرهم سناً ، ويشترط فى العصبة اتحاد الدين . وبالنسبة لابن العم – إذا كانت الصغيرة مشتهاة – فإن بعض الفقهاء يرى أنه لا حقلابن العم فى ضمها مطلقاً . وأن للقاضى دفعها إلى امرأة مأمونة ، ولو كان ابن العم مأموناً – ما دام القاضى يرى الملصلحة فى ذلك . وقال آخرون : إذا كان ابن العم مأموناً له أن يضم الصغيرة المشتهاة ، والرأى الأول هو الأرجح لأن ابن العم غير حرم .

الخلاف حول ضم الصغير – أو الصغيرة – لا يسقط حق الصغير فى النفقة على من تجب عليه نفقته ، لأن نفقة الصغير على أبيه سببها الحاجة وما دامت الحاجة قائمة فالنفقة واجبة ، وليس من شروط نفقة الصغير على أبيه وجوب ضمه إلى أبيه فعلاً لأن نفقة الولد تجب فى حالة صغيره وهو فى يد الحاضنة ، وفى حالة كبره بالبلوغ وهو مستقل بنفسه – عند الحاجة – ولذلك قضى بأن البنت إذا تهربت من ضمها إلى أبيها فلا تسقط نفقتها عليه ، بل تجب لقيام الحاجة ، لأن تهرب البنت من ضمها إلى أبيها ، لا يقتضى سد حاجتها . إذا الغرض من الضم هو المحافظة والصيانة ومن أخص ذلك الإنفاق عليها لتكون مصونة ، لأن النفقة – كما قيل – تعقل الحرة فى بيتها ، فإذا لم تلتزم دارها نفذ عليها حكم الضم ، ولا يمنعه ذلك من النفقة لأنها حقها على كل حال ، والانضمام وعدمه ، لقيام سبب النفقة وهو الحاجة ولا تلازم بين عدم الإذعان للأب فى الانضمام إليه ، وبين المنع من النفقة . والجزاء المترتب على عدم انضمام الصغيرة إلى أبيها ثم

يكن منه منع نفقتها عليه . كما قضى بأن لمن فى يده الصغير حق المطالبة بنفقته حتى لو تجاوز سن الحضانة وامتنع عن تسليمه لأبيه بعد الحكم بضمه ، ولا وجه لما قيل من أن المستأنفة لم تمتثل حكم القضاء بضم البنت لأبيها ، وأنها تمردت على القانون بعدم خضوعها لما أوجبه ، فيجب منعها من المطالبة بنفقتها زجراً لها ، ولا وجه لذلك ، لأنه لا يصح أن يكون تنازع الأب والأم على إمساك الصغير سبباً فى تعطيل الإنفاق عليه

ترتيب المحارم

إذا لم يوجد للصغير عصبة مستحقة للحضانة ، أو وجد من ليس أهلاً لها ، بأن كان فاسقاً أو غير مأمون ، فلا يسلم إليه المحضون ، ويدفع لذى الرحم المحرم من الرجال غير العصبات . وهم أقارب المتوفى الذين ليسوا عصبة له ، ولا من أصحاب الفروض فى الإرث ، وهم على الترتيب الآتى : الجد لأم ، الأخ لأم ، ابن الأخ لأم ، العم ، ثم الخال الشقيق ، فالخال لأب ، فالخال لأم .

ولا يحق لبنات العم والعمة والخال والخالة حضانة الذكور ، ولهن حق حضانة النساء ، ولا يحق لبنى العم والعمة والخال والخالة حضانة الإناث ، وإنما لهم حضانة الذكور .

وقبل أن نختم هذه السطور فى مادة الحضانة ، ننوه إلى أن القانون دائماً يعرف بآثاره الاجتماعية وما يتركه من إصلاحات فى مجتمعه ، فإن كان فيه علاج مشاكل المجتمع الذى يطبق فيه ، كان قانوناً ناجحاً ، صادراً عن مشرع خبير بأمور مجتمعه . أما إذا كان القانون يثير المنازعات بين الناس وتكثر تحت ظله ، ويظهر الفرقة وعدم الوئام . ولو بدون قصد ، فهو قانون غير مدروس ، وغير مناسب للمجتمع ، ولا ترجى منه فائدة ،

ويتعين إعادة النظر فى أمره ، ومعالجته على نحو يعيد للمجتمع قيمه ويحافظ عليها ، فيردع حيث يجب الردع ، ويصفح حيث يكون المناخ مناسباً ، ويزكى الود بين الناس حيث يلزم ذلك ، ولا ينادى بضده . ويجب أن يكون القانون مجرداً يقصد المصلحة العامة فلا يميل إلى تغليب جنس على آخر .

وقد لاحظنا فى تشريع السماء العمل على بقاء الأسرة ، والحفاظ عليها ، لا تفككها ، فالله سبحانه وتعالى لما أراد منع نشوز الزوجة ، عمل على إخماد النشوز فى مكمنه ولم يزكيه ، ولم يدع فرصة للفرقة بين الزوجين ، وإنما قال تعالى " واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن فى المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهم سبيلا إن الله كان عليماً خبيرا "
فقد تدرجت الآية الكريمة فى علاج النشوز ، والله عليم بنفس الإنسان . فرغم أن نشوز الزوجة ، فيه ضرر الزوج وبيده إنهاء العلاقة الزوجية ، فإن الله سبحانه لم يأمر بالطلاق ولم يشر إليه تصريحاً فى الآية الكريمة أو تلميحاً فى سياقها ، وإنما قدم الموعظة بالقول الحسن ، وبعدها – إذا لم تؤت ثماراً – هجر فى المضجع حتى تراجع الزوجة نفسها ، وتذكر ما أفضت به لزوجها ، وما أفضاه هو لها ، وبعد ذلك – إذا لم يكن الهجر أثار طيبة – يكون ضرب فى المضجع أيضاً ، وما أدراك بالضرب فى المضجع بين زوجين ، أفضى كل منهما لصاحبه ، فهو ضرب خفيف ، إذ ترفض الشريعة السمحاء المبرح منه ، لأنها ترفض الضرر وتأبى الإضرار ، وتجيز التطليق عند الضرب المبرح ، فالمقصود به إذن ضرب يعيد الموعظة السابقة ، ويزكى كماس الزوجية ، ويؤدى إلى طاعة بينهما ، والنص القرآنى الكريم يشير تلميحاً إلى أنها طاعة فى المضجع أيضاً ،

لأننا فى مجاله بسياق الآية . والمشرع السماوى لم يترك الأمر عند هـذا الحد ، بل جاءت الآية الكريمة التالية تشير إلى أنه إذا لم تؤت الموعظـة والهجر فى المضجع والضرب فيه ثمارها ، وظهر الشقاق بين الزوجين ، فليكن بعد ذلك تحكيم الأهل وجمعهم حول الزوجين . قـال تعـالى " وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً مـن أهلهـا ، إن يريـدا إصلاحاً يوفق الله بينهما إن الله كان عليماً خبيرا " والله عز وجل يجمـع الناس حول الزوجين ليمنعوا شقاقهما ، ويرجعانهما إلى العشرة السليمة ، فالآية توجه الخطاب إلى جماعة المسلمين أو إلى أولى الأمر مـنهم ، إن ظنوا أن سيكون بين الزوجين شقاق أو جفاء يؤدى إلى الخلف بينهما ، أو أن يكون كل منهما فى جانب عن صاحبه ، وذلك بظهور أماراته وقيـام دلائله ، فابعثوا حكماً من أهله . وحكماً من أهلها ليتعرفا حالهما ، وينظرا أمرهما ، ويستظهرا بواطن الأمور عندهما لما لهذين الحكمين من صـلة ومعرفة بأحوالهما . ولم يقف المشرع الحكيم عند حـد رسـم إجـراءات التحكيم ، وإنما قطع عهداً ، بأن الحكمين إن أرادا إصلاحاً بين الـزوجين يوفق الله بينهما أنه سبحانه عليم بالناس خبير بمشاكلهم ، وما يدور بينهم ، وأن جمع شمل الزوجين أوفق وأجدر بالرعاية ، والعمل من أجله . كمـا يقول الله عز وجل " وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضـاً فـلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً والصلح خير ، وأحضرت الأنفـس الشح ، وأن تحسنوا وتتقوا ، فإن الله كان بمـا تعملـون خبيـرا " وهـذا الخطاب من الله للأزواج بالإحسان والتقوى فى عشرة النساء ، وأن الصلح خير من الفرقة والتمادى فى الخلاف ، أو ترك الظروف بـين الـزوجين تزكيه .

لكل هذا يتعين أن نتعلم من تشريع الله عند وضع تشـريع الأسـرة ، أن التدرج فى الأحكام خير فى معالجة المشاكل ، والحضانة أحد مشاكل هـذا التشريع ، وعن طريقها ينتج الرجال والنساء ، وتقام الأسـر ، وتتكـون المجتمعات ، وتقوم الأمم ، ولذلك يجب أن تكون الأحكام فيها تجمع شمل الأسرة ولا تفرق ، وتهدف إلى ضم الصغار للأبوين ، وتشجع على ذلك .

المالكية ومكان حضانة الصغير

إن من شروط الحاضن عند المالكية أن لا يسافر ولى عن محضون سـفر نقله – أى ستة برد – فإن سافر الولى سفر نقله كان له أخذ المحضون من حاضنته ، ويقال لها اتبعى محضونك إن شئتِ . والولى هنا قصد به ولى العصوبة – أى الأب .

وسفر النقلة يجيز للأب أن يأخذ المحضون من حاضنته ولو كان رضيعاً ، ويسقط حقها من الحضانة على المشهور . وقيل لا يأخذه ، وإنمـا يأخـذ المحضون إذا ثغر وقيل يأخذه بعد انقطاع الرضاع .

وهذا الذى قال به المالكية فيه كثير من التجاوز ذلك أنهـم أعطـوا الأب إسقاط حضانة الأم بسفره سفر نقلة أى مسافة مائة وثلاثين كيلـو تقريبـاً وهذا فيه إعنات بالأم الحاضنة ، ولا يواجه ظروف المواصلات التـى لا تجعل من هذا المسافة بعدا عن الأب ليزور محضونه .

وإذا سافرت الحاضنة سفر نقلة عن بلد ولى المحضون كان له أن ينـزع المحضون منها .

وسفر النقلة بالنسبة للولى أو الحاضنة هو السفر الذى فيه انقطاع عن البلد الذى كان يقيم فيه الزوجان ، وهذا السفر قصد به الاستقرار فـى المكـان المنقول إليه . ويترتب على هذا السـفر – سـواء قـام بـه الأب أو الأم

الحاضنة – سقوط حضانة الأم ، ما دام البلد المنقول إليه المحضون يبعد عن البلد الذى كان يقيم الزوجان ستة برد . فالسفر مضافاً إليه النقلة والبعد مسافة ستة برد شروط أساسية لإسقاط حضانة الحاضنة .

إذا كان سفر الأم الحاضنة إلى مكان يبعد ستة برد أو أكثر ليس بقصد النقلة ، فإنه يجوز للأم المسافرة أن تأخذ محضونها معها كأن تسافرة للنزهة أو التجارة أو الزيارة أو للمطالبة بإرث ونحو ذلك ، فى هذه الحالة لا يأخذ الأب ولدها منها ، ولا تسقط حضانتها بل تأخذ المحضون معها ، ويتركه الولى عندها .

هذا ويلاحظ عند المالكية أن من أراد السفر بالمحضون – إن كان هو الولى وأدعى أنه مسافر سفر نقله لمكان يبعد عن مكان الحضانة ستة برد أو أكثر وأنكرت الحاضنة عليه ذلك حلف يميناً أنه مسافر بقصد النقلة ، وهذه اليمين توجه بناء على طلب الأم الحاضنة .

أما إذا سافرت الأم بالمحضون لمسافة ستة برد أو أكثر وادعت أن سفرها ليس بقصد النقلة ، وإنما لتجارة أو زيارة أو نحو ذلك وأنكر عليها الأب ذلك مدعياً أنها مسافرة سفر نقلة ، فله أن يوجه إليها اليمين على أن سفرها للنقلة .

اشترط المالكية أن يكون السفر مأموناً ، ولموضع مأمون – سواء كان السفر من الولى أو الحاضنة .

الشافعية وانتقال الحاضنة

يفرق الشافعية بين أمرين :

الأول منهما السفر حال قيام الزوجية ، فإذا أراد أحد الزوجين السفر لحاجة بقى الصغير مع المقيم منهما ، أياً كان السفر طويلاً كان أم غير طويل . كما إذا كان السفر لتجارة أو لزيادة أو لحج وغير ذلك .

الثانى : السفر حال الفرقة – يقول الشافعية إن الأب أحق بالولد إذا أرادت الأم السفر سفر نقلة ، أو أراد هو السفر سفر نقله ، فيأخذ المحضون من أمه سافرت هى أو سافر هو – أى الأب . وحجة الشافعية فى ذلك نسب الولد هذا النسب يحفظه الآباء فضلاً عن أن الآباء أحق برعاية الأولاد وتأديبهم وتعليمهم . واشترطوا أمن الطريق وأمن المكان .

الحنابلة وانتقال الحاضنة

يفرق الحنابلة بين أمرين :

أولهما : حالة السفر القريب . أى إذا كان السفر إلى بلد قريب ، فالأم أحق بحضانة ولدها – فهى أشفق عليه ...

ثانيها : إذا كان السفر إلى بلد بعيد بقصد النقلة مع أمن الطريق وأمن المكان فالأب أحق بالحضانة مقيماً كان أو مسافر إذا كان الطريق غير أمن ، وخيف على الصغير فإن حضانته تكون للمقيم من الزوجين .

الظاهرية وانتقال الحاضنة

يرى الظاهرية أن الأم أحق بحضانة ولدها سواء رحل الأب عن البلد أو لم يرحل واحتجوا بعدم وجود نص يقضى بسقوط حضانة الأم إذا رحل الأب حتى أن ابن حزم الظاهرى يقول فى محلاه " إن هذا شرط باطل ممن قال به " .

الفصل التاسع

الطلاق وأجر الحضانة

الحضانة " عمل " تؤديه الحاضنة لحساب والد الصغير ، وهذا العمل هو تربية هو تربية الصغير وملاحظته إلى سن معينة . والحضانة واجبة على الأم خلال قيام الزوجية المحضون ولا أجر لها على هذه الحضانة . ولكن يختلف الأمر إذا تمت الفراق بينهما ، وبينهما صغير فى سن الحضانة ، لأن الأم أحق بحضانة من أبيه ، ولذلك قيل أنها سلطة على القيام بحضانته ولدها من قبل الشارع .

فإذا قامت الأم - بعد الطلاق وانقضاء عدتها - بحضانة صغيرها من مطلقها استحقت الأجر على الحضانة من تاريخ انقضاء عدتها ، وقد قضى بأن أجر الحضانة أجر عن عمل يجب بمجرد القيام به . وقضى أيضاً بأن المقرر شرعاً أن أم الصغير تستحق أجرة حضانته بعد الطلاق من تاريخ انقضاء عدتها ولا تسقط بمضى المدة لأنها أجرة عمل تجب بمجرد القيام به . ويؤيد هذا ما نص عليه الفقهاء فى أجرة الرضاع من أنها تستحق بمجرد الإرضاع - فى مدته - ولا تتوقف على عقد إجارة ، ولا تسقط بمضى المدة ، وعللوا ذلك بأنها أجرة عمل ، وليست نفقة ، فإذا كانت أجرة الرضاع لا يتوقف استحقاقها على القضاء أو الرضاع ، ولا تسقط بمضى المدة ، مع أن الإرضاع له شبهة قوية بالنفقة ، لما ينطوى عليه من الإنفاق على طفل بتغذيته بلبن ثدى المرضع ، فمن باب أولى تكون أجرة الحضانة كذلك لأن الحضانة عمل محض ، وخدمة خالصة ، لا شئ فيها من النفقة .

طبيعة أجر الحاضنة

أجر الحضانة ليس نفقة ، ولا شبه نفقة ، بالنسبة للأم الحاضنة بعد الفراق – لأن هذا الأجر هو مقابل عمل قامت هي به لحساب والد الصغير ، من حفظ ورعاية وتعهد في سن الحضانة ، ولذلك قضى بأن أجرة الحضانة ليست أجرة محضة ، بل هي أجرة فيها معنى المؤنة ، لأنها جزاء احتباس الأم الحاضنة ، لأجل الصغير – بعد انقضاء عدتها – ولهذا تجب أجرة حضانة للزوجة – خلال قيام الزوجية – لوجوب نفقتها على الأب بسبب الزوجية .

وأجر الحضانة – باعتباره أجراً – تستحقه الأم الحاضنة – ولو تزوجت بأجنبى من الصغير – ما دام الولد فى يدها .

كما تستحق الأم أجر الحضانة عن مدة ماضية – كما لو انتهت عدتها ، واستمرت حاضنة مدة من زمن الحضانة ، كان لها أن تطالب بأجر هذه المدة ، وأساس ذلك هو أجرة الرضاع التى قيست عليها أجرة الحضانة فى الحكم ، فقد جاء فى الدر المختار فى باب النفقة أن للأم أجر الرضاع بلا عقد إجارة ، بمعنى أن الأم تستحق أجر الإرضاع بالإرضاع مطلقاً – ما دام الإرضاع فى مدة الرضاع ، ومؤدى هذا استحقاق أجرة الرضاعة بالإرضاع فى مدتها بدون اشتراط تعاقد عليها ، ومن ثم يتعين القضاء بهذه الأجرة عن مدة ماضية بدون اشتراط التعاقد عليها لقوله تعالى " فإن أرضعن فآتوهن أجورهن " وعلى هذا الأساس قيست أجرة الحضانة عن مدة ماضية ، فقضى بها – عن المدة الماضية – ولو لم يتم التعاقد على الحضانة سواء بسواء مع أجرة الرضاع . وهذا هو الراجح فى القضاء .

وهناك رأى بعد استحقاق أجر حضانة لمن حضنت ولدها بعد انقضاء عدتها دون اشتراط الأجر . وأساس هذا الرأى هو ما قيل به من ضرورة اشتراط العقد على الحضانة . ولهذا قضت بعض المحاكم بعد استحقاق أجرة حضانة عن مدة ماضية لم يتم التعاقد عليها ، وفى ذات الوقت قضت بأجرة إرضاع عن مدة ماضية بلا عقد فيها فلم تعمل هذه المحاكم القياس فى أجرة الحضانة على أجره الإرضاع ، فى حين أن الواجب عدم استحقاق الأجرتين بلا عقد عن مدة ماضية فى الأمرين معاً .

غير أن الرأى الراجح فى قضاء الأحوال الشخصية أن الأم الحاضنة – بعد انقضاء عدتها – لها أجر حضانة عن المدة الماضية ولم يكن بينها وبين والد المحضون اتفاق على الحضانة . قال صاحب الفتاوى المهدية فى الجزء الأول فى باب النفقة فى مطلب " تستحق الأم المفروض – إلخ – بعد ما نقل الخلاف فى سقوط نفقة الصغير المفروضة غير المستدانة بمضى شهر ما نصه " بخلاف أجرة حضانتهم فلا قائل بسقوطها بمضى المدة لكونها مستحقة على الأب نظير تربية أولاده القصر ... "

هل تستحق الأم أجر حضانة خلال أجل عدتها ؟

اختلف الفقهاء فى الإجابة على هذا التساؤل :

قال رأى : إن المطلقة الحاضنة يجب لها أجر حضانة صغيرها من مطلقها – يستوى فى ذلك أن يكون الطلاق بائناً أو رجعياً – ومؤدى هذا الرأى أن الأم تستحق أجر الحضانة عقب الطلاق مباشرة – أى فى خلال أجل العدة . وأستدل بأن وجوب الحضانة على الأم أنها أهل للحضانة وأنها حبست نفسها للحضانة ، وقامت بها ، – أى قامت بعمل وهى فى العدة ، ولذلك تستحق الأجر من تاريخ قيامها بالحضانة بعد الطلاق ، ولو كان رجعياً ،

لأن العدة ليست مانعة من الآجر . هذا بالإضافة إلى أن أجر الحضانة ليس من النفقة – من كل وجه – وإنما هو أجر فى مقابلة القيام بعمل – وهو الحضانة – وقد قامت به الحاضنة من تاريخ الطلاق فتستحق عليه الأجر هذا الرأى مؤداه أن العدة – سواء فى الطلاق الرجعى أو الطلاق البائن ليست بمانعة من استحقاق أجر حضانة للمطلقة على مطلقها .

وقال رأى آخر بعدم وجوب أجر الحضانة مطلقاً – فى أثناء العدة سواء كانت عدة من طلاق رجعى أو من طلاق بائن – لأن العدة أثر من آثار الزواج ، فما دامت هذه الآثار باقية فهى موجبة لما أوجبه النكاح من النفقة وغيرها . وقد جرى القضاء على أن الحضانة أثر من آثار الزوجية ، ونتيجة من نتائج عقد الزواج الذى حصل بين الزوجين على أحكام الشريعة الإسلامية ، تلك الأحكام التى جعلت من حق الأم حضانة طفلها إلى أن يبلغ سناً معينة يستغنى فيه الصغير عن خدمتها حتى ولو لم يرض الأب ذلك ، فالأم مسلطة على الحضانة من قبل الشارع فتستحق أجرة الحضانة على الأب من تاريخ القيام بها بعد انقضاء العدة .

وهذا الرأى يفرق فى أمر تاريخ استحقاق الأم الحضانة لأجر حضانة صغيرها بين الطلقة رجعياً والمطلقة بائناً . فالمطلقة بائناً تستحق أجر الحضانة من تاريخ طلاقها لأن هذا الطلاق أنهى العلاقة الزوجية من وقت صدوره أما فى الطلاق الرجعى فليس لها فى خلال عدة أجر رضاع – ولا أجر حضانة – فالإرضاع وإن كان غير مستحق على الأم المطلقة – فى الحكم – إلا انه مستحق فى الفتوى ولا يؤخذ الأجر على أمر مستحق لأنه يكون رشوة ، ولأنها قد استحقت نفقة النكاح وأجر الرضاع معاً – فى حين أن أجر الرضاع بمنزلة النفقة فلا تستحق نفقتين وكذلك الحال بالنسبة

لأجر الحضانة فى عدة الرجعى . والمطلقة تستحق أجر الحضانة بعد انتهاء عدتها .

والرأى عندنا ما ذهب إليه أصحاب الرأى الأول فيما قالوه من استحقاق المطلقة الحاضنة أجرة حضانة صغيرها من تاريخ الطلاق سواء كان رجعياً أو بائناً ، أى تستحق أجر الحضانة فى أثناء العدة من الطلاقين ، لأن العدة أثر من آثار الطلاق وليس كما يقول أصحاب الرأى الثانى إنها أثر من أثار الزوجية ، هذا فضلاً عن أن الحضانة مشتركة بين الزوجين فى أثناء قيام الزوجية التى هى باتفاقهما ، أما الطلاق فهو تصرف من جانب الزوج فلا يسقط بتصرفه ما كان واجباً عليه قبل هذا التصرف – وهو المشاركة فى الحضانة – يضاف إلى ذلك أن فى الحضانة حق لأب المحضون ، وفيها أيضاً حق للمحضون ، وكلا الحقين لا يقعا على عاتق الحاضنة – وإن كان لها هى الأخرى حق فى الحضانة – دون مقابل إذ هى لا ترعى حقين لغيرها بدون أجر .

هذا ويلاحظ أن استحقاق المطلقة الرجعية للنفقة على مطلقها فى فترة العدة لا يكفى وحده لتحملها حضانة الصغيرة بلا مقابل ، لأن هذه النفقة جزاء احتباسها لصالح المطلق للتأكد من استبراء رحمها ، ولكى يعمل حقه فى الرجعة إن شاء ، وليس فى ذلك بمجرده ما يسقط حقها فى اجر حضانة الصغير فى أثناء العدة الرجعية ، لأن هذه الحضانة عمل لصالح المحضون بالدرجة الأولى ، ولصالح الأب تبعاً ، فوجب الأجر من تاريخ الطلاق الرجعى أيضاً .

القضاء وأجر الحضانة

قضى بأن الحضانة وهى تربية الصغير وملاحظة شئونه ليست ما هى إلا عمل من الأعمال تؤديه الحاضنة لحساب والد الصغير بالأجرة التى تستحقها فى مقابل هذا العمل وليست نفقة ولا شبه نفقة بالنسبة للحاضنة ، فهى مسلطة على الحضانة من قبل الشارع فتستحق أجر مثلها عليه من تاريخ القيام بالحضانة – بعد انقضاء العدة – وتصير أجرتها ديناً صحيحاً على الأب من وقت الوجوب بدون توقف على قضاء أو تراضى .

رأى فى أجر الرضاع وأجر الحضانة بعد الطلاق

الخلاف الذى يدور حول استحقاق المرضع أو الحاضنة أجراً عن عملها فى خلال أجل العدة يقوم على أساسين :

أحدهما : أن المعتدة تستحق نفقة عدة ، ومن ثم لا تستحق أجراً على الرضاع أو الحضانة .

الثانى : أن المطلقة رجعياً – زوجة حكماً – باعتبار أن استحقاقها نفقة عدة يعتبر علة لعدم استحقاقها أجر رضاع أو أجر حضانة . وهذا الخلاف محل نظر للأسباب الآتية :

١) المعتدة المرضع – أو الحاضنة – تقوم بعمل لصالح الأب وصغيره معاً – ومصلحة الصغير على أبيه فى ماله أو فى مال الصغير إن كان له مال والعمل الذى تقوم به المرضع أو الحاضنة له طبيعة خاصة بعد وقوع الطلاق ، لأن العدة من الطلاق الرجعي والطلاق البائن قصد براءة الرحم من حمل فيه ، وقصد بها فى الرجعي أيضاً مصلحة المطلق فى أن يراجع نفسه فيراجع مطلقته وهذا يدل على أن أجل لتربص من أجل تصرف صدر من المطلق وليس أجلاً لأداء عمل له ولا لابنه منها ، وذلك إذا قيل

بأن اداءها العمل لصالح الصغير خلال أجل العدة بلا أجر ، هو إلزام لها بلا مبرر فى الشرع الذى يقول ربه " فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن "

٢) إن نفقة العدة على المطلق سواء كانت المعتدة ترضـــع أولا ترضـــع ، تحضن أو لا تحضن . فإذا هى أرضعت فى خلال العدة أو كان لهالا أجر عن عمل زائد عن مقاصد العدة .

٣) القول بأن المطلق رجعياً له مراجعة زوجته فى خلال أجل العـــدة ، لا يمنع من استحقاق الحاضنة الأم لأجرة حضانتها ، لأن أجل عدة الرجعيـــة لا يعنى أن تقوم بعمل لصالح مطلقها بدون أجر على هذا العمـــل . هـــذا بالإضافة إلى أن أجل التربص لبراءة الرحم والنفقة التى تفرض فيـــه ، لا يمنع أن تعطى هذه المعتدة أجراً على عمل قامت به فى فترة العـــدة ، لأن أجر العمل بالنسبة لها ليس بنفقة .

٤) إن نفقة العدة – العلة فيها الاحتباس المقرر للزوج المطلق على مطلقته وأجر الرضاع أو أجر الحضانة ، السبب فيه القيام بالعمل الذى قامت بـــه المعتدة .

لكل ذلك نرى أن المرأة المعتدة – رجعيـــاً أو بائنـــاً – إذا أرضـــعت أو حضنت ولدها من مطلقها فى أثناء العدة يكون لها عليه اجر العمل الـــذى قامت به .

الفصـــــل العاشـــــر

الطــلاق والمـــهر

المهر اسم المال الذى يجب فى عقد النكاح على الزوج فى مقابله البضع ، إما بالتسمية أو بالعقد . وقبل هو اسم لما تستحقه المرأة بعقــد النكــاح أو بالوطء .

يقول الكاسانى فى بدائعه " فلا جواز للنكاح بدون المهر عندنا بمعنـــى أن المهر عند الأحناف شرط جواز النكاح ، حتى أنه إذا تزوج الرجل امـــرأة ولم يسن لها مهرا – بأن سكت عن ذكر المهر – أو تزوجها علـــى أن لا مهر لها ، ورضيت المرأإة بذلك – يجب لها مهر المثل بنفس العقد ، حتى يثبت لها ولاية المطالبة بالتسليم ، ولو ماتت المرأة قبل الدخول يؤخذ مهر المثل بنفس العقد .

استدا الأحناف لرأيهم بقوله تعالى " وأحل لكم ما زراء ذلكـــم أن تبتغـــوا بأموالكم " (سورة النساء – ٢٤) فقد أخبرت الآية بحل ما وراء ذلك بشرط الابتغاء بالمال ، مما يدل على أنه لا جواز للنكاح بدون المال ، والأصـــل فى الأبضاع والنفوس هو الحرمة ، والإباحة تثبت بهذا الشرط ، فعند عدم الشرط تبقى الحرمة على الأصل .

وروى أن علقمة عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه – أن رجلاً كـــان يختلف إليه شهراً ، يسأله عن امرأة مات عنها زوجها ولم يكن قد فـــرض لها شيئاً ، وكان يتردد فى الجواب ، فلما تم الشهر قال للسائل ، لـــم أجـــد ذلك فى كتاب الله ، ولا فيما سمعته من رسول الله صلى اله عليه وســـلم ، ولكن اجتهد رأيى ، فإن أصبت فمن الله وإن أخطأ فمنى أم عبد – وفـــى رواية فإن كان صواباً فمن الله وإن كان خطأ فمنى ومـــن الشـــيطان والله

ورسوله منه بريئان – أرى لها مهر مثل نسائها لا ركن ولا شطط ، فقام الرجل [٢] ، وقال إني أشهد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في بَرْوَعَ بنت واشق الاشجعية مثل قضائك هذا ، ثم قال أناس من أشجع وقالوا إنا نشهد بمثل شهادته "

ويؤكد الأحناف لقولهم " بأن مصالح النكاح ومقاصده ، لا تحصل إلا بالموافقة ، ولا تحصل الموافقة ، إلا إذا كانت المرأة عزيزة مكرمة عن الزوج ، ولا عزة إلا بانسداد طريق الوصول إليها ، إلا بمال له خطر عنده ، لأن ما ضاق طريق إصابته يعز في الأعين ، فيعز به إمساكه ، وما يتسر طريق إصابته يهون في الأعين ، فيهون امساكه ، ومتى هانت المرأة في أعين الزوج تلحقها الوحشة ، فلا تقع الموافقة فلا تحصل مقاصد النكاح .

قال الشافعي – المهر ليس بشرط ، ويجوز النكاح بدونه لأن الله تعالى قال " وآتوا النساء صدقاتهن نحلة " والنحلة هي العطية ، والعطية هي الصلة ، فدل ذلك على أن المهر صلة رائدة في باب النكاح ، فلا يجب بنفس عقد النكاح ، ولأن النكاح عقد ازدواج ، لأن اللفظ لا ينبئ إلا عنه ، فيقضي ثبوت الزوجية بينهما ، وحل الاستمتاع لكل واحد منهما بصاحبه ، تحقيقاً لمقاصد النكاح ، إلا أنه ثبت عليها نوع ملك في منافع البضع ضرورة تحقق المقاصد ، ولا ضرورة في إثبات ملك المهر لها عليه ، فكان المهر عهدة زائدة في حق الزوج صلة لها ، فلا يصير عوضاً إلا بالتسمية .

وسبب المهر هو عقد النكاح ، بمعنى أنه يجب بالعقد ، ويتأكد بالدخول ، ومتى تأكد المهر لا تسقط المطالبة به ما دامت الزوجية قائمة .

---

[٢] الرجل يقال له معقل بن سنان .

والمهر ملك خالص للزوجة ، فلها منع الزوج من الوطء والخلوة حتى تستوفى ما جعل من مهرها قال المالكية – إن المهر مقابل الاستمتاع بالزوجة ، بمعنى أن الصداق فى مقابلة البضع .

وقال الحنابلة إن المهر هو العوض فى النكاح أو نحوه ، ولذلك كان سبب المهر هو عقد النكاح – بمعنى أن المهر يجب بعقد النكاح لأنه إحداث الملك ، والمهر يجب بمقابلة إحداث الملك ، ولأنه عقد معاوضة ، وهو معاوضة ، فيقتضى وجوب العوض .

وعند الشافعية لا يكون المهر واجباً إلا عند تسميته ، أى لا يكون واجباً إلا بالفرض أو الدخول واحتجوا بقوله تعالى " وآتوا النساء صدقاتهن نحله " والنحلة هى العطية ، والعطية صلة ، فيكون المهر صلة زائدة فى النكاح ، فلا يجب بعقد الزواج .

والمهر عند جمهور الفقهاء ليس ركناً فى عقد الزواج ولا شرطاً من شروط صحته ، وإنما هو أثر اقتضاه العقد . واستدل جمهور الفقهاء بقوله تعالى " لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة " فالآية تبين صحة الطلاق قبل الدخول ، وبدون تسمية مهر ، والطلاق لا يكون إلا إذا كان هناك نكاح صحيح قبل الدخول ، وبدون تسمية مهر ، والطلاق لا يكون إلا إذا كان هناك نكاح صحيح ، حيث إن الطلاق فرع صحة النكاح ، وبهذا يكون عدم ذكر المهر ، لا يمنع صحة ، ولو كان المهر ركناً فيه لما انعقد النكاح بدونه وأخرج أبو داود والحاكم والترمذى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لرجل إنى أزوجك فلانه ، قال الرجل نعم ، فقال الرسول للمرأة ، أترضى أن أزوجك فلاناً ، قالت نعم ، فزوج أحدهما من صاحبه ، فدخل عليها ، ولم يفرض لها عليه

صداقاً ، فلما حضرته الوفاة قال إن رسول الله صلى الله عليه وسلم زوجنى فلانه ، ولم أفرض لها صداقاً ، ولم أعطها شيئاً ، وإنى قد أعطيتها سهمى بخيبر ، فباعته المرأة بعد ذلك بمائة ألف .

والمهر عند المالكية ركن من أركان النكاح ، لأن العقد عقد معاوضة كالبيع ، والمهر فى النكاح نظير الثمن فى البيع ، وهذا استدلال فى غير محله لأن البضع لا يقوم بمال ، حتى يكون المهر ثمناً له . هذا فضلاً عن الاستمتاع فى الزواج ليس قاصراً على الزوج حتى يدفع ثمنه ، وإنما الاستمتاع متبادل بين الزوجين ولذلك لا نتفق مع الفقهاء الذين يعرفون المهر بأنه مقابل البضع ، أو مقابل الاستمتاع ، إنما هو مال يقدمه الرجل لتأكيد صدقه على الإقدام على الزواج ولذلك سمى المهر صداقاً . والله عز وجل " وأتوهن صداقهن نحلة " أى عطية ومنحة دون مقابل .

والمهر وإن كان واجباً بنفس عقد الزواج ، إلا أن هذا الوجوب غير مستقر ، فهو عرضة لأن يسقط كله أو نصفه حتى يوجد ما يؤكده ، بالدخول الحقيقى ، أو الموت أو الخلوة الصحيحة عند الأحناف والحنابلة ، بخلاف الشافعية والمالكية الذين يشترطون لتأكيد المهر بالخلوة أن يكون فيها اتصال جنسى .

والمهر يسقط بقتل الزوجة زوجها عمداً قبل الدخول والخلوة عند المالكية والشافعية وزفر من الأحناف . أما الحنابلة وجمهور الفقهاء من الأحناف فلا يشترطون سقوط حق الزوجة فى المهر إذا قتلت زوجها إنما يرون تأكيده ، لأن القتل له عقوبة مقدرة من الشارع وليس منها سقوط المهر الواجب على الزوج بمقتضى عقد النكاح .

الفراق بين الزوجين – والمهر

وفى حالة الفراق بين الزوجين هناك تفصيل فى استحقاق الزوجة للمهر :

أ) الفرقة قبل حصول ما يؤكد المهر كله من دخول حقيقى أو موت الزوج أو خلوة صحيحة – فى رأى – أو ضرورة الاتصال الجنسى فيها فى رأى أخر – فى هذه الحالة يجب للزوجة نصف المهر ، متى كانت الفرقة بسبب من الزوج – طلاق أو فسخ . ويكون المستحق للزوجة نصف [1] المهر المسمى ، قال تعالى " وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن ، وقد فرضتم لهمن فريضة فنصف ما فرضتم " (سورة البقرة – ٢٢٧) فالآية حددت نصف المهر المسمى ، وهذا معنى قول الفقهاء إن وجوب المهر بعقد النكاح هو وجوب غير مستقر ، وأن نصف المهر يستقر لها بالطلاق قبل حصول المؤكد له .

ومهر المثل لا ينتصف بالطلاق قبل الدخول .

ما هو الحكم إذا كان المهر المسمى لم يفرض بعقد النكاح ، وإنما تراضيا عليه الزوجان بعد العقد ؟

قال الأحناف إن هذا المهر المتفق عليه بعد عقد النكاح لا يأخذ حكم المهر المسمى بالعقد ، فلا يجب للزوجة نصفه إذا حصلت الفرقة قبل الدخول بها ، وإنما تجب لها متعة ، لأن المفروض بعد العقد ليس فى معنى المسمى بالعقد ، لأن هذا المفروض بعد العقد وإن استند حكمه إلى وقت العقد ، فإنه لا يصير كالمسمى به ، وعلى هذا إذا تزوج رجل على مهر مسمى ثم زاد زوجته فى المهر بعد العقد ، قال أبو حنيفة هذه الزيادة – فى المهر

---

[1] يسقط نصف المهر عند الأحناف فى كل طلاق تجب فيه المتعة ، وهو الطلاق قبل الدخول فى نكاح لا تسمية فيه ، ولا فرض بعده ، أو كانت التسمية فاسدة . أو أن يكون الطلاق قبل الدخول فى نكاح لم يسم فيه المهر وإنما فرض المهر بعده .

المسمى – بعد العقد تسقط كلها إذا طلق الرجل زوجته ولا تتنصف ، وإنما الذى ينتصف بالطلاق هو المهر المسمى بالعقد خاصة وليست الزيادة فى المهر بعد العقد . وقال أبو يوسف تتصف الزيادة فى المهر – التى تمت بعد العقد – لأن هذه الزيادة مثل المهر المسمى ، فتتنصف معه هى الأخرى بالطلاق قبل الدخول لأن الله تعالى قال " فلا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضية – وإلى هذا ذهب جمهور الفقهاء والشافعى ومالك .

يقول فضيلة الشيخ محمد أبو زهرة " المهر الذى يتنصف بالطلاق قبل الدخول المهر المسمى وقت العقد . أما الذى يفرض بعد العقد ، فإنه لا يتنصفبالطلاق قبل الدخول ، بل تجب فيه متعه ، وهذا رأى أبى حنيفة ومحمد ورأى أبى يوسف فى قوله الآخر ، وسند هذا الرأى أن قول الله تعالى " وإن طلقتم النساء من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون أو يعفو الذى بيده عقدة النكاح " فالآية واردة فى المسمى وقت العقد وهو الظاهر الغالب لأنها هى التسمية التى تقترن بالعقد . والعقد إذا حصل بدون تسمية إنصرف الوجوب إلى مهر المثل لأنه بمجرد تمام العقد يجب مهر فور التمام لا محالة ، فإن كان ثمة تسمية صحيحة معتبرة شرعاً انصرف الوجوب إليها ، وإن لم تكن تسمية صحيحة انصرف الوجوب إلى مهر مثل .

سقوط المهر كله قبل الدخول

يسقط كل المهر إذا حصلت الفرقة قبل الدخول الحقيقى والحكمى وذلك فى الحالات الآتية :

١) إذا كانت الفرقة من جانب الزوج – وكان الفرقة فسخاً لاستعمال حـق شرعى اعطاه الشارع إياه . مثال الفسخ بخيار البلوغ أو خيـار الإفاقـة يلاحظ هنا : ١- الهر غير مؤكد بدخول حقيقى أو خلوة . ٢- الفسخ نقض للعقد من أصله ، ولذلك لا تترتب أحكام على هذا العقد . وسـبب نقـض العقد هنا أمر يتصل بإنشائه .

٢) إذا كانت الفرقة فسخاً من جانب المرأة – وكانت بمعصية منها . لـو ارتدت عن الإسلام ، أو كان من غير أهل الكتاب وأسلم زوجها ، أو يكون منها بأحد أصول زوجها أو فروعه ما يوجب حرمتها عليه . لأن المعصية لا توجب حقاً .

٣) إذا كانت الفرقة من جانب الزوجة ، وكانت استعمالا لحق شـرعى ، كان ذلك منها يعد نقضاً لعقد الزواج من أصله – كاختيار نفسها بـالبلوغ والإقامة – فى هذه الحالة لا يجب لها شئ من المهـر – قبـل الـدخول والخلوة – لأن الفرقة هنا نقض للعقد من جانبها بغير سبب من الـزوج ، ومثال ذلك أيضاً الفسخ بسبب عدم الكفاءة عند من يعتبر الكفاءة .

الفرقة بين الزوجين بعد حصول ما يؤكد المهر

فى هذه الحالة يتأكد كل المهر الواجب بعقد النكاح . وقد اتفق الفقهاء على أن المهر يتأكد بالدخول والموت ، واختلفوا فى الخلوة الصحيحة ، وإقامة الزوجة فى بيت الزوج سنة ، هذه الإقامة تقوم مقام الوقاع عند المالكيـة ويتأكد بها المهر – أى لا يتنصف – والشافعية لا يعتبرون الإقامة وحدها مؤكدة للمهر ، وإنما اشترطوا الاتصال الجنسى ، فإذا لم يثبـت لا يتأكـد المهر وإنما ينتصف بالطلاق . والأحناف عندهم يتأكـد المهـر بـالخلوة

الصحيحة ولو لم تنتقل الزوجة إلى بيت الزوج ، فإذا انتقلت إليـــه يتأكـــد المهر من باب أولى .

الفصل الحادى عشر

الطلاق والمتعة

تعريف المتعة

المتعة : مال يعطيه الزوج لمطلقته زيادة على الصداق لتطييب نفسها وتعويضا لها عن الألم الذى لحقها بسبب الفراق بينهما . وقيل – هى ما وُصِلتْ به المرأة بعد الطلاق .

أساس مشروعية المتعة

قال تعالى " لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ، متاعاً بالمعروف حقاً على المحسنين "[١] .

قال تعالى " وللمطلقات متاع بالمعروف حقاً على المتقين " [٢] .

قال تعالى " يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعدونها ، فمتعوهن وسرحوهن سراحاً جميلا " [٣] .

فالمتعة مقررة بالنص القرآنى للمرأة المطلقة لتطييب خاطرها ، وتهدئة نفسها ، ولتعويضها عن ألم الفراق الذى لحقها من تطليق الزوج .

ولا خلاف بين الفقهاء فى مشروعية المتعة ، ولكل منهم اجتهاد فى استحقاقها :

---

[١]) سورة البقرة – ٢٣٦ .
[٢]) سورة البقرة – ٢٤١ .
[٣]) سورة الأحزاب – ٤٩ .

* **الأحناف**

المطلقة إما المطلقة قبل الدخول والخلوة الصحيحة وإمــا المطلقــة بعــد الدخول :

أولاً : المطلقة قبل الدخول والخلوة الصحيحة

للمطلقة قبل الدخول فى نكاح لا تسمية للمهر فيه ، ولا فرض بعــده ، أو كانت التسمية فيه فاسدة وكذلك المطلقة قبل الدخول فى نكاح لم يسم فيه ، وإنما فرض بعده ، ووجوب المتعة هنا أساسه أنها بدل الواجب وهو نصف مهر المثل فى الحالة الأولى ، وبدل الواجب واجب ، لأنــه بقــوم مقــام الواجب . والمتعة تجب بالسبب الذى وجب به مهر المثل ، وهو النكاح لا الطلاق لأن الطلاق مسقط للحقوق لا موجب لها ، لكن عند الطلاق يسقط نصف مهر المثل يسقط بالطلاق قبل الدخول فتجب المتعة .

المتعة لها واجبة عند الأحناف . وأساس هــذا الوجــوب قولــه تعــالى " وللمطلقات متاع بالمعروف " فالله سبحانه وتعالى أضــاف المتعــة إلــى المطلقة بلام التمليك ، ثم قال " حقاً " وذلك دليل وجوبهــا وقــال " علــى المتقين " وكلمة " على " تفيد " الوجوب . والمراد بالمتقين والمحســنين ، المؤمنون ، والمؤمن هو الذى ينقاد لحكم الشرع . وقال تعالى " ومتعوهن " أمر به ، والأمر للوجوب . وقال تعالى " فمتعوهن وسرحوهن ســراحاً جميلاً " . هذا بالإضافة إلى أن الفرقة وقعت بالطلاق بعد صحة النكــاح ، فلا تنفك عن الواجب لها ، كما إذا كان فى النكاح مسمى .

وخلاصة القول هنا أن المتعة الواجبة عند الأحناف لا تكون إلا للمطلقــة قبل المسيس والفرض أو قبل المسيس ولو كان هناك فرض بعد العقــد ،

والمتعة لا تجامع نصف المهر المسمى فإذا طلق قبل المسيس – بعد الفرض – كان لها نصف المهر المسمى .

ثانياً : المطلقة بعد الدخول

هذه المطلقة لها المهر المسمى ، وعند عدم تسميته لها مهر مثلها ، وليس لها متعة واجبة ، ولكن الأحناف يرون أن المتعة مستحبة لهذه المطلقة . لأنها استحقت جميع المهر على زوجها – فلا تستحق متعة ، لأن النكاح معاوضة ، وبعد تحقق الفرض الذى وجب بالنكاح فلا حاجة بالنكاح إلى شئ آخر ، لأن المتعة لا تجامع نصف المسمى ، فلأن لا تجامع جميع المسمى أولى ، فالمتعة تجب خلفاً عن مهر المثل ، وأوان وجوب المتعة بعد الطلاق ، ولا يمكن إيجابها أصلاً بسبب الملك لأن ما يجب بالملك أصلاً لا يتوقف وجوبه على زوال الملك . والمطلقة بعد الدخول وجب لها المهر الذى هو الأصل – والمتعة خلفاً له – كله أو بعضه لا تجب متعة – إذ لا يجمع بين الأصل والخلف بحال .

استحباب المتعة للمطلقة بعد الدخول أو المطلقة قبل الدخول فى نكاح فيه تسميه أساسه قوله تعالى " فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحاً جميلا " وقد كان دخل بهن ، فدل ذلك على ان المتعة مستحبة .

ثالثاً : إذا جاءت الفرقة من قبل الزوجة قبل الدخول بها لا تجب المتعة ولا شئ لها من المهر .

رابعاً : النكاح الذى لا تسميه فيه للمهر لا تجب فيه متعة للزوجة إذا كانت الفرقة قبل الدخول بسبب من قبلها .

هذا ويلاحظ أن الفرقة الموجبة للمهر عند الأحناف هى التى جاءت من قبل الزوج ولم تشاركه الزوجة – صاحبة المهر – فى سببها . ويستوى فى

ذلك أن تكون الفرقة طلاقاً أو فسخاً كالطلاق بالإيلاء ، واللعان والجب والعنة والردة وإباء الإسلام ، وتقبيل ابنتها أو أمها بشهوة . أما إذا جاءت الفرقة من قبل الزوجة لردتها وإبائها الإسلام ، وتقبيلها ابنه بشهوة والرضاع وخيار البلوغ وعدم الكفاءة فلا متعة لها لا وجوباً ولا استحباباً .

ويمكن تلخيص متعة المطلقة عند الأحناف فى الأمور الآتية :

١) مطلقة قبل الدخول – لم يسم لها مهر – تجب لها المتعة . وفى ذلك يفصل الأحناف :

أ) أنه فى كل حالة يجب فيها – بالعقد – مهر المثل ، وحصلت فيها فرقة بينهما بالطلاق ، ونحوه – قبل الدخول حقيقة أو حكماً – وجبت للزوجة متعة كأن يتزوجها ولم يسم لها مهراً أو سماه تسمية فاسدة ، أو نفى المهر

ب) إذا لم يسم للزوجة مهراً – وقت العقد – ثم تراضياً على تسمية المهر بعد العقد ، وحصل طلاق قبل الدخول – حقيقة أو حكماً – أبو حنيفة ومحمد وأبو يوسف فى أحد قوليه : قالوا بأن لها المتعة وليس لها نصف المهر الذى تراضيا على تسميته ، لأن المفروض الذى ورد النص بتنصيفه هو المفروض وقت العقد ، إذ المتبادر من فرض الصداق أنه الصداق الذى أوجبه العقد . فضلاً عن أنه بخلو العقد من التسمية ابتداء يجب للمرأة مهر المثل ، فلما فرض المهر بعد العقد بالتراضى بينهما أو بقضاء القاضى كان الفرض مسما ، وهذا الفرض تعيين للواجب بالعقد ، وهو هنا مهر المثل ، ومهر المثل لا يتنصف بالاتفاق هكذا ما تنزل منزلته [١] .

٢) مطلقة قبل الدخول وسمى لها مهر ، متعتها غير واجبة ولا مستحبة .

٣) مطلقة بعد الدخول وسمى لها مهر ، متعتها مستحبة .

---

[١]) ابن عابدين جزء ٢ ص٣٤٤ ، والأحوال الشخصية للشيخ أحمد ابراهيم .

٤) مطلقة بعد الدخول لم يسم لها مهر ، متعتها مستحبة .

المفوضة التى لم يسم لها مهر

المرأة المفوضة - - فى باب المهر - هى التى تتزوج بغير مهر ، سواء ترك الزوجان ذكر المهر فلم يسمياه فى العقد ، أو شرطاً نفيه فى العقد ، ويطلق الفقهاء على هذا التفويض " تفويض بُضْع " . وهناك تفويض آخر يسمى " تفويض مهر " وفيه يترك المهر لأحد الزوجين أو لغيرها يتولى تقديره ، مثال أن تقول المرأة تزوجتك على ما شِئْت ، أو على حكم أجنبى قال الأحناف لا تجب المتعة إلا لمفوضة إذا طلقت قبل الدخول والخلوة وإذا لم يعط المطلق المتعة كان للمطلقة أن ترفع الأمر إلى القاضى ليقضى لها بالمتعة . والآية صريحة فى ذلك ، قال تعالى " لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة ، ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعاً بالمعروف حقاً على المحسنين " (سورة البقرة) فالآية فيها أمر بإعطاء المتعة للمطلقات قبل الدخول ، وقبل تقدير المهر ، والأمر دليل الوجوب . هذا بالإضافة إلى أن المتعة هنا تقوم بدل الواجب - وهو نصف المهر - وبدل الواجب واجب .

*** المالكية**

يرى المالكية أن المتعة مندوبة لكل مطلقة - أى مستحبة . وهو المشهور عندهم . فقد أمر المطلق بالمتعة تطييباً لنفس المرأة عما يَرِدْ عليها من ألم الطلاق ، وتسلية على الفراق . ووجه استحبابها ظاهر قوله تعالى " على المتقين " وفى موضع أخر " حقاً على المحسنين " وهذه إشارة إلى أن المتعة مستحبة ، ولم يستثن المالكية قبل الدخول التى سمى لها مهر فلا تستحب لها متعة ، لأن الزوج لم يعاشرها قبل الطلاق .

والمطلقات بالنسبة للمتعة ينقسمن على ثلاثة أقسام :

١) مطلقة قبل الدخول وقبل تسمية المهر

هذه المطلقة نص الله تعالى على امتاعها فقال تعالى " لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة – أى ولم تفرضوا لهن فريضة – ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعاً بالمعروف حقاً على المحسنين " فقوله تعالى " ومتعوهن " أمر بالمتاع والأمر يدل على الوجوب ما لم يقترن به قرينة تصرفه من الوجوب إلى الندب ، وقد اقترن بهذا الأمر قرائن تدل على أن المراد به " الندب " ، من ذلك تخصيصه بها المحسنين من غير المحسنين بقوله تعالى " حقاً على المحسنين " ولا يعلم المحسنين من غير المحسنين غير الله تعالى ، لأن الإحسان فيما بين العبد وخالقه ، فلما علق سبحانه وتعالى المتعة بصفة لا يعلمها غيره ، دل على أن الله لم يوجب الحكم بها على الحكام ، إذ لم يجعل لهم طريقاً إلى تمييز المأمور بها ، من غيره ، وقيل للمطلق متع إن كنت من المحسنين ، فكان حقاً عليه أن يمتع ، ولا يخرج نفسه من جملة المحسنين . وقد أمر شريح المطلق بأن يمتع مطلقته ، فقال المطلق ليس عندى ما أمتعها به فقال شريح له إن كنت من المحسنين أو المتقين فمتعها ، ولم يجبره . والمتعة غير واجبة قبل الطلاق فلا تجب لأن الطلاق مسقط لا موجب .

هذا بالإضافة إلى أن المتعة غير مقدورة – أى مقدرة بقدر محدد – ولا معلومة والفرائض لابد أن تكون مقدرة معلومة .

يضاف أيضاً أن الله عز وجل ما خص المطلق قبل الدخول وقبل التسمية برفع الحرج عنه دون غيره – ممن طلق بعد الدخول أو قبل الدخول وبعد

التسمية بقوله " لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة " دل ذلك على انه إنما خصها بالذكر من أجل أنها تطلق ولا يجب لها بالطلاق شئ .

هناك رأى بوجوب المتعة للمطلقة قبل الدخول وقبل التسمية ، واستدل بعموم الآية فى أولها وآخرها ، لأن كل مؤمن محسن وكأن الله تعالى قال " متاعاً بالمعروف حقاً على المحسنين المطلقين ، لأن الإيمان – الإحسان – قال تعالى " ومن أحسن قولاً ممن دعا إلى الله وعمل صالحاً وقال إننى من المحسنين " غير أن الرأى الأول يرى أن هذا أمر بعيد ، لأن الإحسان التفضل وفعل المعروف فلا ينطبق اسم الإحسان على كل مؤمن لأن منهم المسئ فى أفعاله وإن كان محسناً فى إيمانه .

٢) المطلقة قبل الدخول وبعد التسمية

هذه المطلقة ذكرها الله تعالى عقب المطلقة قبل الدخول وقبل التسمية فأوجب لها نصف الفريضة ، ولم يأمر لها بالمتاع ، فدل سبحانه على أنه لم يجعل لها متاعاً واجباً ولا مندوباً إليه – على ما ذهب إليه مالك وأصحابه ، من عدم استحباب المتعة لها .

هناك رأى أوجب لهذه المرأة المتاع أخذاً بعموم الآية " يا أيها الذين أمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن ، فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن وسرحوهن سراحاً جميلاً " فلم يفرق بين أن يكون سمى لها صداقاً أو لم يسم ، ولعموم قوله عز وجل " وللمطلقات متاع بالمعروف حقاً على المتقين " هذه المرأة – هى ، من المطلقات فلهات المتاع على نصف المهر ، كما للمدخول بها المتاع مع جميع المهر ، ولو لم يكن لها المتاع من أجل أن لها نصف الصداق ، لوجب أن لا يكون

للمدخول بها متاع من أجل أن لها جميع الصداق ، لأن نصـف الصـداق للتى لم يدخل بها كجميعه للتى دخل بها ، وهذا غير صحيح لأن المخـول بها قد وجب لها الصداق بالوطء وجوباً مستقراً لا يسقطه فسخ ولا ارتداد ، والتى لم يدخل بها لم يجب لها بالعقد شئ من الصداق وجوباً مستقراً ، ولو وجب لها نصف الصداق وجوباً مستقراً لما سقط بالفسخ أو الارتداد ، فلما أوجبه الله تعالى لها ، ولم يكن واجباً قبل ، ولم يأمر لها بالمتاع دل علـى أن لا شئ لها سواه ، وهذا بَيِّنْ . وهناك من استحسن للزوج المتـاع فـى الآية السابقة ، ولم يوجبه لها للاحتمال .

٣) المطلقة بعدا الدخول وقد سمى لها صداق أو لم يسم لها

هذه المطلقة فيها قولان : **القول الأول** – أن المتعة لها واجبة على الـزوج يؤخذ بها ويجبر عليها لقوله تعالى " وللمطلقات متاع بالمعروف حقاً على المتقين " وكل مؤمن متَّقٍ ولا تخصيص فى الآية . **والقول الثـانى** – أن المطلق يؤمر بالمتعة ويندب إليها ولا يجبر عليها ، فيقال له متِّعْ إن كنـت من المتقين – وهو قول مالك وجميع أصحابه (١) .

وقد تساءل المالكية عن أى المتعتين أوجب – هل هى من طلقـت قبـل الدخول ولم يسم لها صداق ، أم التى طلقت بعد الدخول وقد سمى لها أو لم يسم لها . والإجابة عندهم فيها أقوال أربعة :

القول الأول : أن كلا المطلقتين سواء فى إسقاط الوجـوب – إذ لا تجـب متعة وهذا هو مذهب مالك وأصحابه .

القول الثانى : إنها سواء فى ثبوت وجوب المتعة لهما ووجوب الحكم بها

---

١) راجع مقدمات ابن رشد ص٤٢٤ وما بعدها .

القول الثالث : إن المتعة للمدخول بها أوجب من التى لم يدخل بها لأن الله تعالى أوجب المتاع بغير لفظ الأمر المحتمل للوجوب والندب ، فقال وللمطلقات متاع بالمعروف حقاً على المتقين ، وقال تعالى " يا أيها النبى قل لأزواجك إن كنتن تردن الحياة الدنيا فتعالين أسرحكن سراحاً جميلا " فنصت الآية على إمتاعهن وهن مدخول بهن .

القول الرابع : إن المتعة للتى لم يدخل بها ولم يسم لها أوجب ، لأن الله تعالى نص على المتعة لها بالأمر فيها ولم ينص على المتعة للمدخول بها إلا فى تخيير النبى صلى الله عليه وسلم أزواجه ، وهذا حكم خاص به دون المؤمنين يدل الإجماع على أنه لا يجب على أحد أن يخير زوجته ، وإنما جعل الله لها المتعة بظاهر اللفظ فى قوله تعالى وللمطلقات وليس ما وجب بالظاهر والعموم كما نص عليه بالأمر الذى يقتضى الوجوب .

استثنى المالكية بعض المطلقات من استحباب المتعة لهن

إذا كانت المتعة تسلية للمرأة على فراق زوجها ، فإن هناك من النساء من لا تستحب لهن المتعة :

١) لا متعة فى كل فراق تختاره المرأة من غير سبب يكون للزوج فى ذلك ، كامرأة العنين والمجزوم والمجنون إذا اختارت فراق زوجها .

٢) لا متعة فى كل نكاح مفسوخ سواء فسخ قبل الطلاق بطلاق أو بغير طلاق هو قبل الفسخ .

٣) المطلقة قبل الدخول التى سمى لها مهر ، لأنها تأخذ نصف المهر مع بقاء البضع . يقول الدردير فى حاشية الدسوقى على الشرح الكبير " وطلقت قبل البناء لأنها أخذت نصف الصداق مع بقاء سلعتها ، فإن لم يفرض لها مُتِّعَتْ ، بمعنى أنه إذا لم يسم لها مهر " مُتِّعَتْ " .

٤) المطلقة على مال تدفعه لزوجها ، وسبب ذلك أن المتعة يعطيها الزوج لمطلقته زيادة على المهر لجبر خاطرها بألأم الفراق ، وقد انتفى ذلك لأن الطلاق فى الخلع جاء من ناحية المرأة ، يقول الدردير " إلا من إختلعت منه بعوض دفعته له (الزوج) أو دفع عنها برضاها ، فإن لم يكن برضاها ، أو كان الخلع بغير عوض أصلاً ، بل بلفظ الخلع " مُتِّعَتْ " .

٥) المرأة التى فوض لها زوجها الطلاق ، وسبب ذلك أن تمام الطلاق منها ، فهى مختارة فيه ، ومن اختارت فراق زوجها ، فلم تأسف لذلك ولا حزنت عليه ، فلا يحتاج الزوج إلى تسليتها وتطييب نفسها . روى عن الإمام مالك أن هذه المرأة لها متعة ، ووجه ذلك أن الزوج هو الذى جعل لها هذا الخيار ، ولعلها تحتشم من اختياره .

٦) المرأة التى اختارت فسخ عقد الزواج لعيب بها ، أو ردها الزوج لعيبها لأنها غررت به ، فإذا كان سبب الفسخ لعيب بهما فلها المتعة ، ولذلك إذا اختارت نفسها لعيب بالزوج وحده ، فلها المتعة .

٧) اللعان لا متعة فيه .

٨) المرأة المرتدة عن الإسلام لا متعة لها ، ولو عادت إلى الإسلام ، وكذلك إذا ارتد زوجها فلا متعة بها عليه سواء عاد إلى الإسلام أم لا .

هل حق المتعة تركه تورث ؟

إذا ماتت المطلقة – قبل أن تحصل على متعتها – هل تجب المتعة لورثتها . قال المالكية – إن على المطلق أن يدفع المتعة لورثتها ، فالمتعة حق لها قبل وفاتها ، وينتقل هذا الحق من بعدها إلى ورثتها ، بمعنى أنه يورث عنها ، ويكون لهم أن يطالبوا به الزوج المطلق ، غير أن رأياً عند المالكية يقول إن المتعة تجب للمطلقه ما دامت باقية ، فإن ماتت لم تجب المتعة

لورثتها ، لأن المراد بها ذات المطلقة تسلية لها عن الفراق ، ويضيف هذا الرأى أن المطلق إذا مات قبل أداء المتعة سقطت عنه ولا تؤخذ المتعة لها من ماله ، لأن المتعة ليست بدين ثابت عليه ، وهذا الرأى الأخير يتفق مع قول الإمام مالك إن المتعة غير واجبة ولكن تستحب ، وما دامت غير واجبة فإنها بقيام سببها لا تثبت ديناً فى الذمة ، وإنما يستحب أداؤها ، وإذا لم يؤدها المطلق فلا يجبر على الأداء ، وما دام لا يجبر عليه فلا يجوز للمطلقة أن تطلب بالمتعة قضاء ، ولا يجوز لورثتها من بعدها أن يطالبوا بها .

*** الشافعية**

المتعة واجبة عند الشافعية ، وهى مال يجب على الزوج لمفارقته زوجته .

والفرقة عندهم ضربان :

أ) فرقة تحصل بالموت وهذه الفرقة لا توجب متعة بالإجماع ، لأن الموت هو الذى أنهى النكاح ، فلا تجب لزوجة متعة .

ب) فرقة تحصل فى الحياة كالطلاق . وقد يكون الطلاق قبل الدخول أو بعده .

١) إذا كان الطلاق قبل الدخول بالزوجة

أ) فإذا كان المهر لم يتشطر بالطلاق للمطلقة المتعة .

ب) إذا تشطر المهر بالطلاق فلا متعة لأن الرجل لم يستوف منفعة بضعها ، وتشطر المهر لما لحقها من الابتذال (الامتهان) فلا حاجة إلى شئ آخر . ولأن الآية الكريمة " لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة " (سورة البقرة) لما أوجبت المتعة لمن لم يفرض لها مهر ، دلت على ألا تجب المتعة لمن فرض لها .

٢) إذا كان الطلاق بعد الدخول بالزوجة

فللزوجة المتعة لقوله تعالى " فتعالين أمتعكن وأسرحكن يراحاً جميلا " فالمطلقة فى هذه الحالة حصلت على المهر فى مقابل البضع ، بقى الابتذال فوجب لها المتعة .

كل فرقة من الزوج ولا سبب لها فيها ، حكمها حكم الطلاق لأنها فرقة حصلت من جهة الزوج فكالطلاق كإسلام الزوج وردته ولعانه .

كل فرقة من الزوجة أو بسبب لها فيه ، لا متعة فيها للزوجة كإسلامها وردتها وفسخها لأن المتعة وجبت لما يلحقها من الابتذال بعقد النكاح ، وقلة الرغبة بالطلاق ، وقد حصل ذلك بسبب من جهتها ، فلا تجب لها متعة .

المتعة عند الشافعيى يستوى فيها المسلم والذمى

*** الحنابلة**

يرى الحنابلة أن المتعة تجب على كل زوج لكل زوجة مفوضة طلقت قبل الدخول ودليلهم :

١) قال تعالى " لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعاً بالمعروف حقاً على المحسنين "

٢) المتعة قائمة مقام نصف المهر فى حق من سمى لها مهر ، وكذلك وجبت لكل زوجة على كل زوج كنصف الهر .

التفويض عند الحنابلة على ضربين

١) تفويض البضع – وهو أن يزوج الأب ابنته البكر ، أو تأذن المرأة لوليها فى تزويجها من غير مهر – وهذه تجب لها متعة .

٢) تفويض مهر – وهو أن يزوجها الأب على ما شاء أحدهما أو أجنبي بمعنى أن يجعل الصداق إلى رأى أحدهما ، أو أجنبى فيقول زوجتك على ما شئت أو على حكمك أو حكمها أو حكم أجنبى – فهذه لها مهر المثل (١) . لأنها لم تزوج نفسها إلا بصداق لكنه مجهول فسقط لجهالته ووجبت لها مهر المثل . والتى زوجها غير أبيها بغير صداق بغير إذنها ، أو التي مهرها فاسد .وهذه لها مهر المثل . وينتصف هذا المهر بالطلاق قبل الدخول ، ولا متعة لها . لأن مهرها واجب قبل الطلاق ، فوجب أن ينتصف كما لو سماه ، أو أنها لم ترض بغير صداق فلم تجب لها متعة كالمسمى لها مهر ، من ثم تختلف عن التى رضيت بغير عوض ، فإنها رضيت بغير صداق ، وعاد بضعها سليماً فعوضت المتعة . وعند الإمام أحمد تجب لها المتعة دون نصف المهر كمفوضة البضع ، ودليله أن عقدها خلا من تسمية صحيحة فأشبهت التى لم يسم لها شئ .

عند الحنابلة ، أن كل فرقة يتنصف بها المهر المسمى توجب المتعة إذا كانت مفوضة . وكل فرقة من قبل المرأة تسقط المهر المسمى لا توجب المتعة – كاختلاف الدين والفسخ بالرضاع ونحوه – لأن المتعة أقيمت مقام نصف المهر المسمى فسقطت فى موضوع يسقط كما تسقط الإبدال بما يسقط مبدلها .

ولو طلقت المسمى لها مهر – بعد الدخول – أو المفوضة المفروض لها بعد الدخول فلا متعة لواحدة منهما على الظاهر ، وعند أحمد لها المتعة .

والمتعة معتبرى بحال الزوج فى يساره وإعساره ، وقيل معتبرة بحال الزوجة لأن المهر معتبر بها كذلك المتعة مقامة . وقيل معتبرة بحال

(١) المغنى لابن قدامه جزء ٦ ص٧١٣ .

الزوج ، ولو اعتبرت بحال المرأة لما كان على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ض[1] .

*** الظاهرية**

يرى الظاهرية أن المتعة واجبة على المطلق سواء كان طلاقه قبل الدخول أم بعده ، وسواء أكان قد فرض للمطلقة مهراً أم لا . قال تعالى " وللمطلقات متاع بالمعروف حقاً على المتقين " وقال تعالى " ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعاً بالمعروف على المحسنين " والخطاب هنا عام لكل مطلقة ، ولا يجوز تخصيصه إلا بدليل ، أما آية " وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن ، وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم " فإنها وإن دلت على أن المطلقة قبل الدخول التى سمى لها مهر ، ولها نصف المهر ، فالآية لا تدل على أنه ليس لها المتعة لوجوبها بالنص وتمكين الجمع بين الآيتين .

ومذهب الشافعية بتقريره المتعة وجوباً لكل مطلقة فيه تطييب خاطر الزوجة التى طلقت دون ما سبب وقع منها ، وفيه تخفيف لآلام الطلاق ، فضلاً عن قوة سند الشافعية فى ذلك . وقد ورد عنهم أن المتعة تجب فى الطلاق الرجعى وتتكرر بتكرره (٢) .

موقف القانون من متعة المطلقة

نصت المادة ١٨ مكرراً من القانون رقم ١٩٢٩/٢٥ على أن " الزوجة المدخول بها فى زواج صحيح إذا طلقها زوجها دون رضاها ولا سبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل وبمراعاة

---

[1]) المرجع السابق .
[2]) قليوبى وعميرة جزء ٣ ص٢٩١ .

حال المطلق يسراً أو عسراً وظروف الطلاق ومدة الزوجية . ويجـوز أن يرخص للمطلق فى سداد هذه المتعة على أقساط "

وقد التزم النص السابق (١٨ مكرراً) رأى الشافعية وأهل الظاهر عندما قرر للزوجة المدخول بها فى زواج صحيح متعة فوق نفقتهـا إذا طلقهـا زوجها بدون رضاها ولا بسبب من قبلها .

جاء بالمذكرة الإيضاحية للنص أنه " من المستقر عليه شرعاً أن الطـلاق حق للزوج . وأن القانون القائم لا يوجب المتعة المالية للمطلقة بعد الدخول ، وحسبها أنها استحقت المهر كله بالدخول ولها نفقة العدة ، أما المتعة فهى مستحبة ، ولا يقضى بها . وقد تراخت المروءة فى هذا الزمن وانعدمت ، لا سيما فى الأزواج الذين انقطع حبل المودة بينهما ، وأصبحت المطلقة فى حاجة إلى معونة أكثر من نفقة العدة ، تعينها من الناحية المادية على نتائج الطلاق . وفى المتعة ما يحقق المعونة ، وفى الوقت نفسه تمنع الكثيـرين من التسرع فى الطلاق .

ولما كان الأصل فى تشريع المتعة هو جبر خـاطر المطلقـة ، وكانـت مواساتها من المروءة التى تطلبتها الشريعة ، وكان من أسس تقديرها قوله تعالى فى سورة البقرة " ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره " وكان إيجاب المتعة هو مذهب الشافعى الجديد حيث أوجبها للمطلقة بعـد الدخول إن لم تكن الفرقة منها أو بسببها ، وهو قول لأحمد اختـاره ابـن تيميه كما أن إيجابها مذهب أهل الظاهر ، وهو قول مالك أيضاً . وعلـى هذا وضع نص المادة ١٨ مكرراً بمراعاة ضوابط أقوال هؤلاء الأئمـة ، وللقاضى أن ينظر فى تقريرها عدا ما سبق إلى ظروف الطـلاق وإلـى إساءة استعمال هذا الحق ووضعه ، وألا تقل فى تقديرها عن نفقة سنتين .

وتخفيفاً على المطلق فى الأداء أجاز النص له سداد المقرر للمتعة على أقساط .

شروط استحقاق المتعة

١) أن تكون الزوجة مدخولاً بها ، فى زواج صحيح ، وهو الذى يحضره شاهدان ، وتكون فيه المرأة محلاً للزواج من الرجل الذى يريد الزواج بها ، والدخول هنا قصد به الدخول الحقيقى – أى اتصال الزوج بزوجته اتصالاً جنسياً فى زواج صحيح .

الدخول فى النكاح الفاسد – أو النكاح بشبهة لا يوجب متعة هذا ويلاحظ أن الدخول الذى قصده الأحناف فى وجوب المتعة للزوجة إذا طلقت هو الدخول حقيقة أو حكماً ، ولذلك إذا كان الزوج لم يدخل بزوجته – أو يختلى بها خلوة صحيحة ، فإن حكم المادة ١٨ مكرراً لا ينطبق – إذا طلبت المطلقة المتعة – إذ ينطبق الرأى الراجح فى المذهب الحنفى ، وهو يقضى بمتعة للمطلقة قبل الدخول – الحقيقى – إذا لم يسم لها مهر . قال تعالى " لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ، ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متناعاً بالمعروف على المحسنين ، وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة ، فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون أو يعفو الذى بيده عقدة النكاح ، وإن تعفوا أقرب للتقوى ولا تنسوا الفضل بينكم إن الله بما تعملون بصير " (١) . فالمطلقة قبل الدخول إذا لم يسم لهم مهر تستحق المتعة على مطلقها ، وهذا يمثل بدل نصف المهر ، لأن الآيتين بينتا أن المطلقة قبل

---

(١) سورة البقرة ٢٣٦ – ٢٣٧ .

الدخول إذا سمى لها مهر ، فإنها تستحق نصفه عند الطلاق . والمطلقة بعد الخلوة الصحيحة تأخذ حكم المطلقة بعد الدخول .

وقد قضى بأن المتعة يشترط لاستحقاقها طلاق الزوجة المدخول بها في زواج صحيح دون رضاها ولا بسبب من قبلها [1] . وقضى بأن استحقاق المطلقة – بعد الدخول للمتعة ، العدة فيه بالطلاق ذاته أياً كان نوعه ، باعتباره الواقعة المنشئة لالتزام الزواج بها .

٢) أن يكون الطلاق قد وقع من المطلق بدون رضاء من زوجته ولا بسبب من قبلها . والطلاق المقصود بالنص هو الطلاق البائن – أو الطلاق الذى أصبح بائناً – حتى تستحق المطلقة المتعة ، لأن المتعة عند الشافعية مال يجب على الزوج لمفارقته زوجته ، والمفارقة لا تكون إلا بالطلاق البائن ، أو الرجعى الذى أصبح بائناً . وعلى هذا الأساس لا تستحق الزوجة – المطلقة – متعة إذا كانت مفوضة من الزوج بتطليق نفسها ، وطلقت هي بنفسها ، وأصبح الطلاق بائناً – أو وقع بائناً .

طلاق القاضى هل تلزم فيه متعة

نص المادة ١٨ مكرراً على أن " الزوجة المدخول بها فى زواج صحيح – إذا طلقها زوجها دون رضاها ولا بسبب من قبلها تستحق فوق عدتها متعة ... "

مقتضاه أن شرط المتعة أن يكون الطلاق واقعاً من الزوج ، وليس القاضى وذلك لصراحة النص ، غير أن محكمة النقض قضت باستحقاق المطلقة سواء كان الطلاق من الزوج أو من القاضى نيابة عنه [2] ، لأن المشرع الإسلامى جعل للرجل أن يوقع الطلاق ويستقل به ، فإذا تدخل القاضى فى

---

[1] طعن رقم ٩٨/٥١ أحوال شخصية .
[2] طعن رقم ٥٤/٤٠ ق أحوال .

الأحوال التى يكون فيها الحكم بتطليق الزوجة ، فإن فعله – وعلى مذهب الحنفية يضاف إلى فعل الزوج كأنه طلقها بنفسه ، مما يستوى معـه فـى شأن استحقاق المتعة أن يكون الطلاق من نفس الزوج أو من القاضى نيابة عنه ، ولا يغير من ذلك ما ورد بالمادة ١٨ مكرراً من القانون ١٩٢٩/٢٥ باستحقاق الزوجة للمتعة من عبارة " إذا طلقها زوجها " لأن هذه العبـارة مُقَرِّرةٌ للوضع للوضع الشرعى من أن الطلاق بيد الزوج وحده دون سواه سواء استعمل حقه هذا بنفسه أو بمن ناب عنه نيابة شرعيه مثل القاضى ، ذلك أن لجوء الزوجة إلى القاضى لتطليقها على زوجها بسبب مضارته لها ، وثبوت هذه المضارة فيه إكراه لها على طلب التطليق لتدفع الضرر عنها بما لا يتوافر به الرضا بالطلاق .

وقد علقنا على هذا القضاء بكتابنا التعليق على قوانين الأحوال الشخصـية بأنه إذا أراد المشرع ذلك لقال " إذا طُلِّقَتْ " وإنما خص من طلقها زوجها . فإذا لجأت الزوجة إلى القاضى طالبة التطليق على زوجها ، فلا يسـرى فى حقها المادة ١٨ مكرراً ، ومن ثم لا تستحق متعة فـوق نفقـة عـدتها باعتبار أن طلبها الطلاق ، هو رضاء منها مسبق به . غيـر أن محكمـة النقض سارت على غير ذلك إذ قضت بأن المشرع الإسلامى جعل للرجل أن يوقع الطلاق ويستقل بإيقاعه فإذا تدخل القاضـى فـى الأحـوال فـى الأحوال التى يكون فيها الحكم بتطليق الزوجة على زوجها ، فـإن هـذا التطليق يضاف إلى الزوج فكأنه طلقها بنفسه مما يسرى معه فـى شـأن استحقاق المتعة أن يكون الطلاق من نفس الزوج أو من القاضى نيابة عنه ، ولا يغير من ذلك ما ورد فى نص المادة ١٨ مكرراً من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ باستحقاق الزوجة لمتعة من عبارة " إذا طلقها زوجهـا " لأن

هذه العبارة مقررة للوضع التشريعى من أن الطلاق ملك للزوج وحده دون سواه ، سواء استعمل حقه هذا إلى القاضى لتطليقها أو بمن ناب عنه نيابة شرعية مثل القاضى . وأن لجوء الزوجة إلى القاضى لتطليقها على زوجها بسبب مضارته لها وثبوت هذه المضارة فيه إكراه لها على طلب التطليق لتدفع الضرر عنها بما لا يتوافر به الرضا بالطلاق [1] . ونرى أن هذا القضاء محل نظر وفيه اجتهاد على خلاف نص المادة سالفة الذكر التى نصت صراحة على أنه " إذا طلقها زوجها " مما يقطع بأن المشرع الوضعى أراد أن يقصر طلب المتعة على حالة طلاق الزوج زوجته بدون رضاها ولا بسبب من قبلها . كما أن هذا الاجتهاد يخالف نص المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى نصت على أنه تصدر الأحكام طبقاً للمدون فى هذه اللائحة ولأرجح الأحوال من مذهب أبى حنيفة ، ما عدا الأحوال التى ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب أن تصدر الأحكام طبقاً لتلك القواعد ، ومن القواعد التى وضعها القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فى مادته الثامنة عشر مكرراً أن المتعة لا تستحق للزوجة المدخول بها فى زواج صحيح إلا إذا " طلقها زوجها " ولم يرد النص مبنياً للمجهول " إذا طُلقت " وهذا يقطع بأن المشرع خص من طلقها زوجها ، وليس من طلقت عليه بمعرفة القاضى ، وهى بذلك طلبت التطليق وفيه معنى شراءها نفسها من زوجها فى شريعة عرفت الخلع – أى الطلاق على مال – وعرفت الطلاق مقابل الإبراء .

تقدير المتعة

اختلف الفقهاء فى تقدير المتعة إلى فريقين :

---

[1] نقض ٥٤/٤٠ ق جلسة ١٩٨٧/٥/٢٦ .

الأول : أن المتعة تقدر بحال الزوج يسراً أو عسراً ، فيلزمه متعة الأغنياء إن كان غنياً ، ومتعة الفقراء إن كان فقيراً . قال تعالى " ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ... " - " لا يكلف الله نفساً إلا وسعها .."

الثاني : يوكل أمر تقدير المتعة إلى القاضى .

قدر القانون المتعة بمقدار نفقة سنتين على الأقل . ووضع ضوابط لهذا التقدير يسترشد بها القاضى ، وهذه الضوابط هى حال المطلق يسرا وعسرا ، وظروف الطلاق ، ومدة الزوجية .

وقد قضى بأن مفاد نص المادة ١٨ مكرراً أن تقدير المتعة وتقسيط سداد ما هو محكوم به يدخل فى سلطة محكمة الموضوع ولا رقابة عليها من محكمة النقض فى ذلك طالما لم ينزل حكمها عن الحد الأدنى فى تقديرها بنفقة سنتين على الأقل [1] .

التقدير الوارد بالنص - للمتعة - وهو الحد الأدنى الذى لا يجوز للقاضى النزول عنه ، وإنما يجوز له - طبقاً لضوابط النص - أن يزيد عليه .

وهذا يقتضى أن يكون بيد المطلقة بفرض نفقة شهرية لها جائز تنفيذه ، ويكون الحكم جائز التنفيذ فى حالتين :

١) إذا كان مشمولاً بالصيغة التنفيذ عملاً بالمادة ٣٤٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية .

٢) إذا كان قد ... مى ميعاد استئناف الحكم (مادة ٣٤٤ من اللائحة المذكورة) .

---

[1] نقض ٥٦/٧٥ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٠ .

أما الأحكام الواجبة التنفيذ مؤقتاً – فهى أحكام لم تستقر بعد – ولـذلك لا تكون حجة أمام القاضى فى تقدير المتعة ، وإن كانت تعتبر قرينة يسترشد بها .

إذا نزل القاضى عن الحد الأدنى المحدد بالنص يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون .

إذا لم يكن بيد المطلقة التى تستحق المتعة ، حكم – جائز تنفيذه – بفرض نفقة لها على مطلقها ، فهل يجوز لها أن تلجـأ مباشـرة إلـى المحكمـة الابتدائية طالبة الحكم لها بمتعة على مطلقها ؟

تقوم هذه الحالة إذا رغبت المطلقة عن طلب نفقة عدة لهـا ، واختـارت المطالبة بالمتعة فقط ، ونص المادة ١٨ مكرراً لا يمنعها ذلك إذ مؤداه أن القانون قرر للمطلقة حقين :

أولهما : نفقة العدة التى تستحق لها بعد الطلاق .

ثانيهما : المتعة التى تستحق لها – بشروط استحقاقها . واستحقاق الحقين لا يمنع المطلقة من التنازل عن أحدهما ، فيجوز لها أن تتنازل عن نفقـة العدة وتطالب مباشرة بالمتعة ، وفى هذه الحالة تتولى المحكمة الابتدائية . أولا : تتقدير النفقة الشهرية التى تتخذ أساساً لتقدير المتعة وهى تراعى فى ذلك حال الزوج وقت الاستحقاق يسرا أو عسرا على ألا تقل النفقة فى حال العسر عن القدر الذى يفى بحاجتها الضرورية . ثانياً : تقدير المتعة على أساس النفقة التى قدرتها شهرياً لمطلقة بشرط ألا تقل المتعـة عـن نفقـة سنتين على الأقل . وقد وضع القانون ضوابط للتقـدير هـى : ظـروف الطلاق ، ومدة الزوجية ليسترشد بها القاضى عند تقدير نفقة المتعة التـى اشترط القانون ألا تقل عن نفقة سنتين ، ويزداد تقدير المتعة عـن نفقـة

السنتين كلما رأى القاضى من ظروف الطلاق ، وطول مدة الزوجية ما يستتبع زيادتها .

دفع استحقاق المطلقة للمتعة

للزوج المطلق أن يدفع استحقاق مطلقته للمتعة عليه بأحد سببين .

السبب الأول : رضاء الزوجة بالطلاق الواقع عليها صراحة أو ضمناً ، بأن يتفقا معاً على إيقاع الطلاق ، أو حضرته أمام المأذون ووافقت عليه ، أو تخالعت معه .

السبب الثانى : أن يكون سبب الطلاق من قبلها . وسبب الطلاق الذى من قبل الزوجة – هو الذى من أجله وقع الطلاق . ويجوز للزوج المطلق إثبات عكس ذلك بكافة طرق الإثبات .

وقد قضى بأن إيقاع الطلاق غيابياً قرينة على أن هذا الطلاق وقع بدون رضاء الزوجة ، ولا بسبب من قبلها ، ما دام الزوج المطلق لم يقدم دليلاً على عكس ذلك . كما قضى بأن دفاع الزوج أم طلاقه لزوجته كان بسبب من قبلها ، وطلبه إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات ذلك ، وإذ أقام الحكم قضاء للمطعون ضدها بالمتعة على مجرد وقوع الطلاق غيابياً ، فإن ذلك لا يكفى لحمل قضائه .

وقضى أيضاً بأنه إذا كان الطاعن قد تمسك أمام محكمة الموضوع بأن طلاقه للمطعون ضدها كان بسبب من قبلها وقدم للتدليل على ذلك مستندات منها ... وإذ لم تحقق محكمة الاستئناف ذلك الدفاع ، ولم تعرض لمستنداته المقدمة ، ودلالتها وأقامت قضاءها باستحقاق المطعون ضدها للمتعة على مجرد وقوع الطلاق غيابياً وهو ما لا يكفى وحده لحمل قضاء الحكم مما يعيبه بالقصور ويوجب نقضه .

تقسيط المتعة بعد القضاء بها

أجاز القانون تقسيط المتعة المقضى بها للمطلقة إذ نصت المادة ١٨ مكرراً من القانون ١٩٢٩/٢٥ على انه " ويجوز أن يرخص للمطلق فى سداد هذه المتعة على أقساط " وعلى مقتضى هذا النص يجوز للمطلق أن يطلب أمام القاضى سواء أثناء نظر المتعة – أو بعد الحكم بها – تقسيط المتعة التى سيقضى بها – أو تقسيطها بعد القضاء – وفى الحالة الأولى يتعين على المحكمة وهى تصدر الحكم بالمتعة – أن تنص فيه على تقسيطها على أقساط تحددها وزمان أدائها . وفى الحالة الثانية – يجوز طلب التقسيط بطلب على عريضة يقدم للقاضى بعد صدور الحكم ، ويجوز للمطلق أيضاً أن يطلب تقسيط المتعة عند تنفيذ الحكم وعلى القائم بالتنفيذ أن يعرض الأمر على قاضى التنفيذ ليباشر شؤونه فيه . ويشترط فى الحالتين ألا تكون أقساط السداد وآجالها غير ضارة بصاحب المتعة . ويجوز للمطلق بعد صدور الحكم بالمتعة أن يرفع دعوى بطلب تقسيط المتعة المقضى بها ، ويخضع هذا الطلب – فى مقدار القسط وعدد الأقساط لتقدير المحكمة بالنسبة لحال المطلق وحال المطلقة .

الفصل الثانى عشر

فـــى

الطـــلاق والنســـب

المولود حال قيام النكاح الصحيح يثبت نسبه من صحاب الفـــراش ، فـــإذا ولدت الزوجة حال قيام النكاح الصحيح ولداً لتمام ستة أشهر فصاعداً مـــن حين عقد النكاح ثبت نسبه من الزوج .

وعند انتهاء الزواج بالفرقة ، وقيام العدة ، تعلق بها العديد مـــن الحقـــوق ومنها النسب ، وأمره محل اهتمام الفقهاء ، لأن فيه حق الله ، وفيه حـــق الولد وفيه حق الزوج ، وفيه حق الزوجة . ونرى أن فى ثبوت النسب حق المجتمع أيضاً ، الذى يسعى إلى ترابط الصلة فى الأسرة الصغيرة التـــى هى أحد دعائم المجتمع الكبير . ومقتضى هذه الحقوق التى هـــى قواعـــد تحكم النسب ، لا يجوز أن لأحد من أصحاب الحقوق فى النسب أن يتنازل عنه ، ولا أن يتفق على ما يخالفه " فهو ثابت بالفراش حال قيام الزوجيـــة وله قواعد فى إثباته عند الفرقة بين الزوجين . قال الكاسانى من الأحناف " كل مطلقة لم تلزمها العدة ، بأن لم تكن مدخولاً بها ، فنسب ولدها لا يثبت من الزوج إلا إذا علم يقيناً أنه منه – وهو أن تجئ به لأقل من ستة أشهر من تاريخ عقد النكاح إذ يعتبر ابتداء أقل مدة الحمل من تاريخ عقد النكاح ، وليس من تاريخ الوطء أو إمكانه " وبيان هذه القاعدة أن الرجل إذا طلق زوجته قبل الدخول بها ، فولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الطـــلاق ، ولستة أشهر من تاريخ عقد النكاح ، فإن الولد يثبت نســـبه مـــن الـــزوج المطلق ، وسبب ذلك هو التيقن بعلوقه من الزوج حال قيام النكاح . أما إذا جاءت بالولد لسنة أشهر أو أكثر من تاريخ الطلاق لا يثبت نســـبه منـــه ،

لعدم التيقن بعلوقه من الزوج المطلق ، حال قيام النكاح لاحتمال أن العلوق بوطء بعد الطلاق ، والفراش كان زائلاً بيقين ، فلا يثبت مع الشك ، ولا يثبت نسب الولد من الزوج [1] . وهذا الأصل يسرى على كل مطلقة ذات حيض ، أو من ذوات الأشهر – أى اللاتى عدتهن بالأشهر .

وهناك أصل آخر حاصله " كل مطلقة عليها العدة ، فنسب ولدها يثبت من الزوج إلا إذا علم يقيناً أن الولد ليس من الزوج المطلق ، وهو أن تجئ المطلقة بالولد لأكثر من سنتين عند الأحناف " فإذا جاءت المطلقة بالولد لسنتين من وقت الطلاق ، ولستة أشهر فأكثر من وقت النكاح ، فنسب الولد يثبت من الزوج المطلق ، لأننا لا نعلم يقيناً أنه ليس منه ، ويبين أن الحمل قد يكون من وطء حدث بعد الطلاق ، ويحتمل أن يكون من وطء فى حال قيام النكاح ، وقد كانت حاملاً وقت الطلاق ، لأن الولد قد يبقى فى بطن أمه إلى سنتين وهذا أظهر الاحتمالين ، لأن الظاهر من حال المسلمة أنها لا تتزوج فى العدة ، وَحَمْلُ أمور المسلمين على الصلاح ، والسداد واجب ما أمكن ، فيحمل عليه ، فيثبت نسب الولد من الزوج ، أو يقال ، إن النكاح يعتبر قائماً بقيام آثاره ، ومنها العدة ، فما تلده الزوجة خلال العدة يعتبر مولوداً على فراش الزوجية ، باعتبار أن النكاح قائم ، فينسب إلى الزوج المطلق .

هذا ويتعين ملاحظة أن القانون ١٩٢٩/٢٥ لم يأخذ ببقاء الحمل فى بطن المرأة إلى سنتين وإنما نصت المادة ١٥ منه على عدم سماع دعوى نسب ولد الطلقة والمتوفى عنها زوجها إذا أتت بالولد لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة . والقاضى عليه أن يطبق النص .

---

[1] البدائع جزء ٣ ص٢١١ .

ويلاحظ أيضاً أن القانون نص على عدم السماع ، ولم ينص على رفض الدعوى لكى يترك الباب مفتوحاً للزوج المطلق لكى يقر بنسب الولد الذى ولدته مطلقته ولو بعد مضى السنة الواردة بالنص ، فالرجل أدرى بأمر نفسه .

ثبوت النسب بالفرقة

النسب يثبت بالفراش ، والفراش على أربعة مراتب :

١) **فراش ضعيف** : وهو فراش الأمة – وقت أن كان هناك إماء – هذا الفراش لا يثبت فيه النسب إلا بالدعوة – أى الإقرار بأن يدعى نسبه .

٢) **فراش متوسط** : وهو فراش أم الولد ، هذا الفراش يثبت به النسب بلا دعوة ، ولكن النسب فيه ينتفى بالنفى .

٣) **فراش قوى** : وهو فراش الزوجة والمطلقة طلاقاً رجعياً ، لأن النسب فى هاتين الحالتين يثبت ولا ينتفى إلا باللعان .

٤) **فراش أقوى** : وهو فراش المعتدة من طلاق بائن ، وسبب قوة هذا الفراش ، لأن نسب من تلده المعتدة من طلاق بائن يثبت من المطلق ، ولا ينتفى لأتن نفيه متوقف على اللعان ، وشرط صحة اللعان – عند الأحناف – قيام الزوجية [1] ولذلك قضى بأن الفراش تقوى بالطلاق البائن ، لأنه أقوى أنواع الفراش .

أولاً : ثبوت نسب ولد المطلقة قبل الدخول والخلوة

المطلقة قبل الدخول لا عدة عليها ، قال تعالى " يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن ، فما لكم عليهن من

[1] ابن عابدين جزء ٣ ص٦٤٨ .

عدة تعتدونها ، فمتعوهن وسرحوهن سراحاً جميلاً " . وقد تساءل الفقهاء عن حكم نسب الولد الذى تأتى به هذه المطلقة – قبل الدخول بها .

أ) قال رأى – بأن نسب الولد الذى تأتى به المطلقة قبل الدخول لا يثبت من المطلق ، فهى لا تكون فراشاً لزوجها إلا إذا بَنَىَ بها – أى دخل بها دخولاً حقيقِياً – وبدون هذا الدخول لا تسمى فراشاً له ، وفى ذلك يقول صاحب زاد الميعاد " وكيف تأتى الشريعة بإلحاق نسب بمن لم يَبْنِ بامرأته ، ولا دخل بها ، ولا اجتمع بها ، بمجرد إمكان ذلك ، وهذا الإمكان قد يقطع بانتفائه عادة ، فلا تصير المرأة فراشاً إلا بدخول محقق " [١] . وبهذا أخذ ابن حزم فى المحلَّى والإمامية ، وإحدى روايتين عن الإمام أحمد .

ب) وقال رأى – الأحناف – يثبت نسب الولد الذى تأتى به المطلقة قبل الدخول إذا أتت به لأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق ، ولستة أشهر من تاريخ عقد النكاح . أما إذا ولدته لأكثر من ستة أشهر من تاريخ الطلاق فلا يثبت نسبه ، ولذلك إذا طلق الرجل امرأته قبل أن يدخل بها – أو يختلى – ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق لزمه الولد ، وثبت نسبه منه للتيقن من أن العلوق بالولد كان قبل الطلاق ، لأن حمل حال المرأة على الصلاح واجب ما أمكن ، فيجعل العلوق بالولد من الزوج ، ويتبين أنه طلق امرأته بعد الدخول بها . أما إذا أتت بالولد لأكثر من ستة أشهر من وقت الطلاق لم يلزم الزوج نسب هذا الولد ، لأن النكاح بالطلاق – قبل الدخول . ارتفع إلى لا عدة ، وأنها أتت بالولد لمدة حبل تام بعد الطلاق .

---

[١]) زاد الميعاد جزء ٥ ص٤١٥ .

وعند أصحاب هذا الرأى – إذا طلق الرجل بعد الخلوة ، لزمه الولد إلى سنة ، لأن النكاح بالطلاق ارتفع إلى عدة ، والخلوة بمنزلة الدخول عند الأحناف فى إيجاب العدة ، فيكون حكمها كذلك فيما يبنى على الدخول وهو ثبوت النسب [١] .

وقال رأى ثالث : المالكية والشافعية – يثبت نسب ولد المطلقة قبل الدخول من المطلق إذا أتت بالولد لأقل من ستة أشهر ، بشرط أن يكون التلاقى بين الزوجين ممكنا . وبهذا أخذ رأى عند الحنابلة ،. وعند أصحاب الرأى لا تكون الزوجة فراشاً إلا بأحد أمرين : أولهما الدخول الحقيقى بالزوجة ، والثانى العقد مع إمكان الدخول بعده .

يلاحظ أن إمكان الدخول واقع يخضع لتقدير محكمة الموضوع ، تستخلصه من الدليل الذى يقدمه مدعى – إمكان الدخول .

الرأى الثالث هو الأرجح لأن إثبات النسب قائم على الفراش ، وهذا الفراش لا يتحقق فى المطلقة قبل الدخول ، إلا إذا كان هناك تلاق بينهما – أو على الأقل – إمكانه ، والنسب فى هذه الحالة يثبت لاحتمال الوطء هو الذى هو شرط فى ثبوت النسب .

ثانياً : نسب ولد المعتدة من طلاق رجعى

المطلقة رجعياً فى شأن ثبوت نسب الولد الذى تأتى به ، لها عدة حالات :

١) أن تكون المطلقة من ذوات الحيض ، ولم تقر بانقضاء عدتها .

يقول الأحناف – يثبت نسب ولد المطلقة رجعياً من مطلقها ، متى وضعته ، ويستوى أن تأتى به لأقصى مدة الحمل أو لأقل منها ، فهى مطلقة

---

[١]) المبسوط للسرخسى جزء ٦ ص٥٠ .

رجعية ، وهى زوجة ، واحتمال أن الزوج المطلق باشرها فى العدة – هذا الاحتمال قائم – وبذلك تكون قد علقت بالمولود منه .

ويقول الأحناف ومعهم الشافعية بثبوت نسب الولد الذى تأتى به المطلقة رجعياً من مطلقها إذا جاءت بالولد لأقصى مدة الحمل ، لا أن تجئ به لأكثر من أقصى مدة الحمل . ويقول صاحب المدونة " وإذا جاءت الرجعية بولد لأكثر من أقصى مدة الحمل ، ولم تكن أقرت بانقضاء العدة ، فلا يلزمه الولد " وحجتهم فى ذلك أنها جاءت بالولد لأكثر من أقصى مدة الحمل ، ولم يكن الزوج المطلق رجعياً قد راجع فى العدة ، ولذلك لا يثبت منه النسب ، لعدم إمكان حدوثه منه ، لأنه قد ثبت انقضاء عدتها منه بيقين ، وأن الولد من علوق حادث بعد الطلاق ، فأشبهت البائن .

٢) أن تكون المطلقة رجعياً ممن تعتد بالأشهر .

إذا كانت المطلقة رجعياً آيسة من الحيض – أى تعتد بالأشهر – هذه المرأة إذا جاءت بولد بعد الطلاق لسنتين – عند الأحناف – فإن نسب هذا الولد يثبت من المطلق ، سواء أقرت بانقضاء عدتها ، أو لم تقر . ويعللون لذلك بأنها إن أقرت بانقضاء عدتها بالأشهر ، فإن ولادتها تُبَيِّنْ ، أنها أخطأت فيما أقرت به . أما إذا كانت هذه المرأة مراهقة ، وأقرت بانقضاء عدتها بثلاثة أشهر ، ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر ، فإن نسب ولدها هذا يلحق بالمطلق ، أما إذا جاءت به لستة أشهر فأكثر فلا يثبت نسبه ، لأنها بانتهاء ثلاثة أشهر حكمنا بانقضاء عدتها ، وهى صغيرة ، وتنتهى عدتها بثلاثة أشهر ، أما إذا أخذنا فى الاعتبار أنها كبيرة ، فإن عدتها تنقضى بإقرارها ، فإذا لم تكن قد أقرت بانقضاء عدتها ، فإن أبا حنيفة ومحمد يقولان بأنها إن جاءت بالولد لأقل من تسعة أشهر من الطلاق ثبت نسبه

من المطلق ، لأن المعهود من هذه المراهقة أنها صغيرة بيقين ، وما عرف ثبوته بيقين لا يحكم بزواله بالاحتمال . أما أبو يوسف فيرى أنها إن جاءت بالولد لأقل من سبعة وعشرين شهرا فإن نسبه يثبت من المطلق . ولا يثبت النسب إذا جاءت لأكثر من هذه المدة .

ثالثاً : نسب ولد المعتدة من طلاق بائن

المعتدة من طلاق بائن قد تقر بانقضاء عدتها ، وقد لا تقر .

أ) إذا لم تقر المطلقة بائناً بانقضاء عدتها ، ثم جاءت بولد لأقل من سنتين – عند الأحناف – من وقت طلاقها ثبت نسبة من الزوج المطلق ، لاحتمال كون الولد فى بطن أمه وقت الطلاق ، فلا نتيقن من زوال الفراش قبل العلوق بالولد ، وما دام هذا الاحتمال قائماً فالنسب يثبت احتياطياً ، مع ما فى ذلك من حمل حال المرأة على الصلاح . أما إذا جاءت بالولد لتمام سنتين لم يثبت نسبه من المطلق [1] . والكاسانى يقول فى البدائع " إذا جاءت به إلى سنتين عند الطلاق لزمه ، لأنه يحتمل أن يكون العلوق من وطء جاء بعد الطلاق ، ويحتمل أن يكون من وطء وجد فى حال قيام النكاح ، وكانت حاملاً وقت الطلاق ، لأن الولد يبقى فى البطن إلى سنتين بالاتفاق – وهذا أظهر الاحتمالين ، إذ الظاهر من حال المسلمة أن لا تتزوج فى العدة ، وحمل أمر المسلمين على الصلاح والسداد واجب ما أمكن ، فيحمل عليه . أو نقول كان النكاح قائماً بيقين والفراش كان ثابتاً بيقين لقيام النكاح ، والثابت بيقين لا يزال إلا بيقين مثله ، فإذا كان احتمال العلوق على الفراش قائماً ، لم نستعين بانقضاء العدة وزوال النكاح من كل وجه ، فلم نستيقن بزوال الفراش ، فلا نحكم بالزوال بالشك [2] .

---

[1]) المبسوط جزء ٦ ص٤٦ والهداية جزء ٣ ص٣٠٣ .
[2]) البدائع حزء ٣ ص٢١٢ .

أما إذا جاءت المعتدة من طلاق بائن بولد لأكثر من سنتين من وقت طلاقها لا يثبت نسبه للتيقن من أن العلوق بالولد كان بعد الطلاق ، ولذلك لا يمكن إلحاق نسب الولد بالمطلق ، هذا ما لم يدعيه ، ولم يقل إنه من الزنا .

ب) المطلقة بائناً إذا أقرت بانقضاء عدتها ، ثم أتت بولد .

هذه المرأة إذا أتت بولد لسنتين بعد سبق إقرارها بانقضاء عدتها – من وقت الطلاق – ننظر في أمرها ، إذا كان مجئ الولد لأقل من ستة أشهر من وقت إقرارها بانقضاء عدتها ثبت نسب الولد من المطلق لظهور كذب المرأة فى إقرارها بانقضاء عدتها ، لأنها كانت معتدة بالحمل وقت الإقرار . أما إذا جاءت بالولد لأكثر من ستة أشهر من وقت إقرارها بانقضاء عدتها ، فلا يثبت نسب الولد من المطلق .

إذا أتت المطلقة بائناً بالولد لأكثر من سنتين من وقت الطلاق ، ولأكثر من ستة أشهر من وقت إقرارها بانقضاء عدتها ، فلا يثبت نسب الولد من المطلق لمضى أقصى مدة الحمل – عند الأحناف ، فيكون حملها حادثاً بعد الطلاق .

رابعاً : نسب ولد المعتدة من وفاة

المعتدة من وفاة لها حالات ثلاث :

الحالة الأولى : أن تقر بانقضاء عدتها – أربعة أشهر وعشرة أيام – فإذا أتت بمولود لأكثر من ستة أشهر من وقت إقرارها لا يثبت نسبه من المتوفى . لأنه يعد قد جاء من علوق حدث بعد إقرارها بانقضاء العدة . أما إذا جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من خين إقرارها فإن النسب يثبت من المتوفى ، لأن المدة أقل من ستة أشهر فدل ذلك على كذبها فى إقرارها بيقين ، والقاعدة أنه لا عبرة بالإقرار الباطل .

الحالة الثانية : أن تسكت المعتدة من وفاة ، فلا تقر بانقضاء عدتها أو عدم انقضائها . هذا المرأة إذا جاءت بولد لأقل من سنتين - عند الأحناف - ثبت نسبه من الزوج ، وهم فى ذلك يقولون إن انقضاء عدتها بأربعة أشهر وعشرة أيام شرطه ألا تكون حاملاً ، فإذا كانت حاملا فإن عدتها تنتهى بوضع حملها ، وهذا الشرط لا يمكن الوقوف عليه إلا من جهتها ، وما دامت لم تقر بانقضاء عدتها ، فإنه لا يحكم بانقضائها ، وما دامت قد جاءت بالولد فى المدة ، فإن نسبه يثبت من الزوج المتوفى .

وعند زفر من الأحناف - شرط ثبوت نسب ولد هذه المرأة - المتوفى عنها زوجها - من الزوج المتوفى أن تأتى بالولد لأقل من عشرة أشهر وعشرة أيام من حين موت الزوج لأن الحمل إذا لم يكن ظاهراً ، فإن الظاهر يساعد بأن عدتها انتهت بأربعة أشهر وعشرة أيام ، عملاً بقوله تعالى " والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا " فصارت كما لو أقرت بانقضاء عدتها ، بل إن ما ثبت بالنص أقوى من الإقرار ولذلك مجئ الولد بعد أقل من ستة أشهر بعد انتهاء عدة الوفاة دليل على أن الحمل كان قائماً وقت مضى عدة الوفاة .

الصغيرة المعتدة من وفاة إذا جاءت بولد

أ) هذه المرأة إذا أقرت بالحبل - فإنها تأخذ حكم المرأة الكبيرة ، فيثبت نسب الولد من المتوفى إذا جاءت به لأقصى مدة الحمل من الوفاة باعتبار أن القول قولها فى ذلك . لأنها أصبحت كبيرة بادعاء الحبل ، وبذلك قال الفقهاء .

ب) إذا لم تدع الحبل ولم تقر بانقضاء عدتها . إذا ولدت لأقل من عشرة أشهر وعشرة أيام ثبت النسب عند أبى حنيفة ومحمد ، أما إذا جاءت بالولد لعشرة أشهر وعشرة أيام فصاعداً لا يثبت النسب من المتوفى .

أبو يوسف يقول بإثبات الولد الذى تأتى به الصغيرة المعتدة من وفاة إذا أتت به لأقصى مدة الحمل ، حملاً لحالها على الصلاح ما أمكن .

الحالة الثالثة : إذا ادعت الحمل ، ثم جاءت بالولد لأقل من سنتين من وقت الوفاة ثبت نسب الولد من الزوج المتوفى ، لأن ولادتها فى هذا المدة يجعل من الممكن إسناد العلوق بالولد حال حياة الزوج ، هذا فضلاً أن قبول ادعائها فيه حمل لحالها على الصلاح .

خامساً : ثبوت نسب ولد المعتدة لغيبة الزوج

المقصود بالمعتدة لغيبة الزوج ، هى المرأة التى نعى إليها زوجها الغائب ، الذى لم تعلم أحى هو أم ميت ، وحكم القاضى بموته ، ثم اعتدت منه . ثم تزوجت زواجا صحيحاً وولدت ، ثم بعد ذلك ظهر زوجها الأول على قيد الحياة . هذا المولود اختلف الفقهاء فى إلحاق نسبه .

أ) يقول أبو حنيفة إنه بظهور الزوج الأول حياً يلحق به نسب الولد ، يستوى عنده أن يولد لأقل من ستة أشهر من الزواج الثانى او اكثر من ستة أشهر ، وحجة الإمام فى ذلك أن الزواج الأول هو صاحب الفراش ، أما الزوج الثانى ففراش فاسد ، والقاعدة أن الولد للفراش الصحيح .

وهناك قول آخر نسب لأبى حنيفة بأنها إذا جاءت بالولد لستة أشهر فأكثر من الزواج الثانى ، فإنه ينسب للزوج الثانى باعتبار أن هذه المدة هى التى يتصور فيها العلوق من هذا الزوج . أما إذا جاءت بالولد لأقل من ستة

أشهر من الزواج الثانى فلا ينسب الولد إلى الزوج الثانى ، وإنما ينسب إلى الزوج الأول وإلى هذا ذهب المالكية والشافعية والحنابلة .

ب) ذهب محمد من الأحناف إلى أن هذه المرأة إذا أتت بالولد لسنتين فأقل من حين وطأها الزوج الثانى ، فإن نسب هذا الولد يثبت للزوج الأول ، وإن ولدته لأكثر من سنتين ثبت نسبه من الزوج الثانى ، واستدل هذا الرأى بأن مجئ الولد لأكثر من سنتين من وطء الزوج الثانى لها يجعل من الممكن حمل هذا النسب على الفراش الصحيح ، إذ هذا الفراش أولى بالاعتبار من الفاسد .

المعتدة من نكاح فاسد أو وطء بشبهة إذا جاءت بولد

أ) النكاح الفاسد إذا ظهر فساده قبل الدخول وجب التفريق بين الرجل والمرأة ولا عدة فيه . أما إذا ظهر فساد النكاح بعد الدخول بالمرأة ، وجبت عليها العدة بعد التفريق صيانة لماء الرجل عن الضياع ، وهذا يقتضى ثبوت الولد إذا كانت المرأة حاملاً . والقاعدة عند الأحكام أن النكاح الفاسد كالنكاح الصحيح فى إثبات النسب .

ب) الوطء بشبهة يلزم المرأة العدة – بعد التفريق بينها وبين الواطئ والشبهة تقوم مقام الحقيقة فى موضع الاحتياط – وإيجاب العدة على هذه المرأة من باب الاحتياط صيانة للنسب .

موقف القانون ١٩٢٩/٢٥ من إثبات نسب ولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها

نصت المادة ١٥ ق ١٩٢٩/٢٥ على انه " لا تسمع – عند الإنكار – دعوى نسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقى بينها وبين زوجها من حين العقد ، ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها ، ولا لولد المطلقة

والمتوفــى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقــت الطــلاق أو الوفاة " وطبقاً لهذا النص صارت الدعوى بالنسبة لولد المطلقة والمتــوفى عنها زوجها ، لا تسمع عند الإنكار إذا أتت بالولد بعد سنة شمسية عــدد أيامها ٣٦٥ يوماً من وقت الطلاق أو الوفاة .

يلاحظ أن المادة ١٥ سالفة الذكر نصت على ألا تسمع عند الإنكار دعوى النسب ، بما مفاده أن المشرع اكتفى بعدم السماع ، ولم يتعــرض لثبــوت النسب أو عدم ثبوته ، حتى يترك منفذاً للمطلق – أو ورثة المتوفى – لكى يدخلوا منه لادعاء الولد – إن تحققوا من عدم صحة إنكارهم ، فضلاً عن البعد عن اتهام الأم بالزنى .

ويلاحظ أن الإنكار المنصوص عليه بالمادة ١٥ سالفة الذكر ، ليس مطلق الإنكار – أى الإنكار المجرد – وإنما المقصود به الإنكار المبــرر الــذى يقوم على أساس يثبته المنكر ، ويقدره قاضى الدعوى تحت رقابة محكمة النقض ، باعتباره من مسائل القانون .

وقد قضى بأنه لا يثبت النسب إذا جاءت المطلقة بولدها لأكثر مــن ســنة شمسية من تاريخ طلاقها طبقاً للمادة ١٥ سالفة الذكر .

المشرع عدل عن أقصى مدة الحمل عند الأحناف وهى ســنتان . وأخــذ برأى الأطباء بأن أقصى مدة الحمل سنة شمسية عدد أيامها ٣٦٥ يوماً .

الفصل الثالث عشر

الطلاق والميراث

الزوجية سبب من أسباب الميراث ، والمقصود بها – هنا – الزوجية التى تقوم على عقد زواج صحيح شرعاً بين الرجل والمرأة .

والزوجية قد تكون قائمة حقيقة بين الزوجين ، وقد تكون قائماً حكماً وقيام الزوجية حكماً له حالتان : الأولى المطلقة رجعياً حتى تنتهى عـدتها مـن مطلقها . والثانية – المطلقة بائناً فى مرض موت الـزوج المطلـق ، إذا افترض القانون أن المطلق بائناً فى مرض الموت فاراً من ميراث زوجته ، ولذلك أوجب لها الميراث إذا مات هذا المطلق وهى فى عدته بشـروط يرجع إليها فى مصادرها .

والزوجة فى زواج حقيقى أو حكماً ، ترث زوجها بطريق الفرض علـى النحو التالى :

١) تستحق ربع تركة زوجها فرضاً إذا لم يكن له فـرع وارث مطلقـاً ، سواء منها أو من غيرها . ويقصد بالفرع الوارث الولد – ذكـراً كـان أو أنثى – ويدخل فى الفرع الوارث ولد الابن وإن نزل .

٢) تستحق الثمن فرضاً فى تركة زوجها إذا كان له فرع وارث مطلقاً على النحو السابق بيانه .

دليل ميراث الزوجة

قال تعالى " ولهن الربع مما تركتم إن لم يكن لكم ولد ، فإن كان لكم ولـد فلهن الثمن مما تركتم من بعد وصية توصون بها أو دين "

طلاق الفار يستوى فيه المطلقة بائناً بينونة صغرى أو بينونة كبرى بالنسبة لميراثها فى مطلقها إذا مات وهى فى عدته .

أما المطلقة بائناً – بينونة كبرى أو صغرى – فلا ميراث لها من مطلقها إذا مات وهى فى عدته ، لانفصام عرى الزوجية بالطلاق البائن من وقت وقوعه .

ميراث ولد الملاعنة

الولد الذى تأتى به المرأة التى لاعنها زوجها – بعد انتفاء نسبه باللعان – ينقطع نسبه من أبيه الملاعن ، وبالتالى تنقطع العلاقة بينهما ، وكذلك تنقطع العلاقة بينه وبين قرابة هذا الأب ، ويصير منسوباً إلى أمه وقرابتها فقط ، ويتبع هذا الميراث . وهذا لا خلاف فيه بين الفقهاء .

أما ميراث الولد الذى تأتى به المرأة الملاعنة ففيه خلاف :

١) قال الأحناف – ومعهم الشافعية إن ولد الملاعنة ترثه أمه وقرابتها وهو يرثها ، ويتبع فى هذا التوريث القواعد العامة للميراث . وهذه أمثلة :

أ) إذا مات ولد الملاعنة عن أمه فقط كان لها ثلث تركته فرضاً ولها باقيها رداً .

ب) إذا مات ولد الملاعنة عن أمه وأخ من أمه ، وأخ من أبيه ، وأبيه ، فلا يرث الأب شيئاً ، ولا يرث الأخ من الأب شيئاً من تركته ، وسبب ذلك أن نفى نسب ولد الملاعنة يقطع العلاقة بينه وبين الأب وقرابته . ويكون لأم الولد ثلث ماله فرضاً ، ولأخيه من أمه السدس ، وباقى تركته يرد عليها .

ج) إذا توفى ولد الملاعنة عن أمه ، وخاله ، وجده لأمه ، كان لأمه السدس فرضاً وباقى تركته رداً . وسبب ذلك أن خاله وجده لأمه من ذوى الأرحام .

دليل هذا الرأى . أن إثبات العصوبة لقرابة الأم فيه إبطال لحكم ثابت بالنص ، لأن الله تعالى اشترط لتوريث الأخ لأم أن يكون الميت كلالة . فإذا اعتبرنا قرابة الأم عصبات كان مؤدى ذلك أنه إذا مات ولد الملاعنة وترك بنتاً وأخاً لأم أخذت البنت النصف فرضاً والباقى للأم لام تعصيباً ، وتوريث الأخ لأم بدون أن يكون الميت كلالة فيه مخالفة للنص . يضاف إلى هذا أن العصوبة أقوى أسباب الإرث ، والأولاد بالإناث أضعف أسباب الإرث .

٢) هناك رأى يقول إن ميراث ولد الملاعنة يكون لأمه ولعصبتها . فإذا مات عن أمه وخاله ، فلأمه الثلث فرضاً ولخاله الثالثان تعصيباً .

ودليل هذا الرأى ما روى عن داود بن أبى هند قال : كتبت إلى صديق لى فى المدينة أن سَلْ من بقى من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ولد الملاعنة – من عصبته ؟ فكتب فى جوابه أنهم ذكروا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أن عصبته عصبة أمه . يضاف إلى هذا أن الشرع بنى العصوبة على النسبة ، والنسبة إلى الآباء دون الأمهات ، فلذا كانت العصوبة من جهة قرابة الأب ، ولكن عند انتفاء قرابة الأب يثبت النسب من الأم ، فتنتقل العصوبة إلى قرابتها ، تبعاً لتحول النسب إليها .

٣) وقال رأى ثالث – إن عصبة – ولد الملاعنة – أمه ، فهى له بمنزلة الأب والأم معاً . وضربوا مثلاً فقالوا ، إذا توفى ولد الملاعنة عن أمه وأخيه لأمه ، كان الميراث كله للأم " تعصيباً " – واستدل هذا الرأى بحديث " تحرز المرأة ميراث لقيطها وعتيقها والولد الذى لوعنت به " – ومما لا شك فيه أنها عصبة لعتيقها ، فكذلك تكون عصبة لولدها الذى لوعنت به . وروى ابن عباس أنه قال " قال رسول الله صلى الله عليه

وسلم " أم ولد الملاعنة ، أبوه وأمه " فهى إذن ترث جميع ماله بالعصوبة إذا لم يكن لهذا الولد فرع وارث ولا زوج .

موقف قانون الميراث

نصت المادة ٤٧ من قانون المواريث على أن يرث ولد اللعان من الأم وقرابتها ، وترثه الأم وقرابتها . وقالت المذكرة الإيضاحية إن المشرع التزم الأصل فى إرث ولد اللعان من الأم وقرابتها ، وإرثها منه دون الأب وقرابته .

ميراث المفقود

نصت المادة ٢٢ من القانون ١٩٢٩/٢٥ على انه " عند الحكم بموت المفقود أو نشر قرار رئيس مجلس الوزراء أو قرار وزير الدفاع باعتباره ميتاً على الوجه المبين فى المادة السابقة ، تعتد زوجته عدة الوفاة ، وتقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت صدور الحكم أو نشر القرار فى الجريدة الرسمية ، كما تترتب كافة الآثار الأخرى " مؤدى النص السابق أن الشخص إذا فقد يوقف ماله ، فلا يعطى ورثته منه شيئاً حتى يحكم القاضى بوفاته ، أو نشر قرار رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع حسب الأحوال فى الجريدة الرسمية باعتباره ميتاً ، فى هذه الحالة تقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت صدور الحكم بموته أو وقت نشر قرار رئيس مجلس الوزراء أو قرار وزير الحربية بوفاته .

المقصود بالورثة الموجودين وقت الحكم بموت المفقود هم الورثة الموجودون حقيقة أو تقديراً ، بأن كان أحد الورثة مفقود لم يحكم بموته بعد ، فإنه يرث ولو صدر بعد ذلك حكم بموته .

هل يرث المفقود مورثه

نصت المادة ٤٥ من قانون المواريث على أن " يوقف للمفقود من تركة مورثه نصيبه فيها ، فإن ظهر أخذه ، وإن حكم بموته رد نصيبه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت مورثه ، فإن ظهر حياً بعد الحكم بموته أخذ ما بقى من نصيبه بأيدى الورثة .

المفقود له حالات بالنسبة لميراثه من غيره

أولاً : المفقود الذى لم يحكم بموته يوقف له نصيبه الميراثى فى مورثه ، فإن ظهر حياً أخذ هذا النصيب .

ثانياً : المفقود الذى أوقف له ميراثه – إذا حكم بموته رد نصيبه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت مورثه .

ثالثاً : المفقود المحكوم بموته إذا ظهر حياً أخذ ما بقى من نصيبه بأيدى الورثة .

الفصل الرابع عشر

الزواج خلال أجل العدة

العدة عقب الفراق فيها إظهار لحرمة النكاح وعظم خطره بامتداد آثاره ، والعدة فيها معرفة براءة الرحم من حمل فيه ، والعدة حق الشرع ، لا يملك الزوجان إسقاطها ، والعدة حق الولد رعاية لنسبه ، وهذا حقه ، ولهذا كان أجل العدة له أثاره ، إذ فيه يمتنع على المعتدة الزواج برجل غير صاحب العدة ، خلال أجلها ، وبيان ذلك أن المعتدة من طلاق رجعى ، هى زوجة حكماً يجوز لمطلقها أن يرجعها خلال أجل العدة – أى قبل أن تبين منه . والمطلقة بائناً نكاحها قائم من وجه هو قيام العدة باعتبارها من بعض آثار النكاح ، والقاعدة أن الثابت من وجه كالثابت من كل وجه فى باب الحرمات – احتياطاً .

قلنا أن المطلق رجعياً له أن يراجع فى العدة – أرادت المطلقة رجعياً أو لم ترد – أما المطلق بائناً بينونة صغرى فلا يجوز له ذلك وإنما يجوز له أن يتقدم خاطباً فى العدة – بخلاف غيره – وبعد العدة مع غيره من الخطاب – بمعنى أنه يعقد على مطلقته البائنة بينونة صغرى بعقد – بإيجاب منه وقبول منها – ومهر جديدين .

أما المطلقة بائناً بينونة كبرى – بالطلاق الثلاث عند الأئمة الأربعة – أو بطلقة واحدة للثلاث – هذه المطلقة وإن وجبت عليها العدة ، إلا أن لها وضعاً خاصاً ، أساسه أن البينونة الكبرى تقطع الملك والحل معاً ، فلا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره ، ومؤدى هذا أن وجودها فى عدة المطلق أو خروجها من عدته لا يغير من الأمر شيئاً فالحرمة قائمة تمنع زواجه بها . فإذا تزوجت بغيره زواجاً صحيحاً شرعياً ودخل بها دخولاً حقيقياً ،

وفارقها بطلاق أو وفاة وانقضت عدتها ، يجوز لمطلقها أن يعـــود إليهـــا خاطباً ويعقد عليها بعقد ومهر جديدين .

والعدة تمنع صاحبها من أن يتزوج بامرأة – هى محرم – من مطلقته أثناء عدتها منه ، كما تمنع العدة من زواج خامسة خلال أجل العدة .

فهرس الكتاب

الفهرس

الموضوع	الصفحة
مقدمة	٣
الباب الأول : الطـلاق	٧
الفرقة التى تعتبر طلاق عند الأحناف	١٢
تعتبر الفرقة فسخاً عند الأحناف فى الحالات الآتية	١٢
الفرقة التى تعتبر طلاق عند المالكية	١٣
الفرق بين الفرقة بالطلاق والفرقة بالفسخ	١٥
الطلاق والتطليق	١٦
التطليق الذى يوقعه القاضى طبقاً للقانون	١٦
التعريف بالطلاق	١٧
أصل مشروعية الطلاق	٢٠
أولاً : القرآن الكريم	٢٠
ثانياً : سنة رسول الإسلام	٢٠
ثالثاً : إجماع الأمة	٢١
الحكمة من تشريع الطلاق	٢١
القضاء وتشريع الطلاق	٢٢
وصف الطلاق	٢٤
الألفاظ التى يقع بها الطلاق	٢٥
أولاً : لفظ الطلاق الصريح	٢٥
المالكية وألفاظ الطلاق الصريحة	٢٧

الموضوع	الصفحة
الشافعية وألفاظ الطلاق الصريحة	٢٩
الحنابلة وألفاظ الطلاق الصريحة	٣١
موقف القضاء من إيقاع الطلاق باللفظ الصريح	٣٢
إيقاع الطلاق بالكتابة	٣٢
هل يقع الطلاق بالكتابة قضاء	٣٤
هل تطلق المرأة نفسها باللفظ الصريح	٣٤
ثانياً : الكتابة فى ألفاظ الطلاق	٣٥
عند المالكية	٣٥
خلاصة قول المالكية فى ألفاظ الطلاق	٣٦
عند الشافعية	٣٧
الكنايات ضربان عند الشافعية	٣٧
كنايات الطلاق عند الأحناف	٣٧
موقف القانون من كنايات الطلاق	٤١
ما هو الحكم إذا قال الزوج لزوجته " أنت على حرام "	٤١
الطلاق يوقعه الزوج دون الزوجة	٤٤
هل الزوج حر فى إيقاع الطلاق	٤٨
الطلاق فى حال الحيض عند الشافعية	٥٢
ما هو الحكم إذا خالف الزوج قيد الطلقة الواحدة	٥٤
الحلف بالطلاق " يمينا "	٥٩
شروط المطلق	٦١
طلاق الهازل	٦٨

الموضوع	الصفحة
طلاق الغضبان	٦٩
القضاء وطلاق الغضبان	٧٠
طلاق المخطئ	٧١
طلاق الأخرس	٧٢
طلاق المريض مرض الموت	٧٣
القضاء وطلاق الفار	٧٦
طلب الزوجة التطليق على الزوج	٧٧
موقف القضاء من طلب الزوجة التطليق على زوجها	٧٩
هل يكون الطلاق بيد القاضي وحده	٨١
تمليك الزوج زوجته أمرها بيدها	٨٨
كيف يكون الطلاق الواقع من المرأة التي جعل الزوج أمرها بيدها	٩٠
وصف الطلاق الواقع بلفظ التخيير	٩١
الطلاق بالمشيئة	٩٢
أقسام الطلاق	٩٣
المبحث الأول " أقسام الطلاق من حيث صفته "	٩٣
النوع الأول : طلاق سنة – أو طلاق المسنون	٩٤
المرأة الحائل	٩٦
طلاق المرأة ذات الأشهر	٩٦
المرأة الحامل	٩٧
المرأة ذات القرء	٩٧

الموضوع	الصفحة
تقسيم طلاق السنة عند الشافعية	٩٩
طلاق السنة من حيث الوقت	١٠٠
شروط طلاق السنة	١٠٠
الطهر الذى يكون فيخ طلاق السنة	١٠١
نساء لا يشترط فى طلاقهن أن يكون سنة	١٠٤
هل يطلق الغائب طلاق السنة	١٠٧
كيفية إيقاع طلاق السنة	١٠٨
النساء اللائى يقع عليهن الطلاق	١١١
طلاق الحامل للسنة	١١٣
طلاق المرأة ممتدة الطهر للسنة	١١٤
الشافعى وطلاق السنة	١١٥
النوع الثانى : طلاق البدعة	١١٥
الأحناف وطلاق البدعة	١١٦
الشافعية والطلاق البدعى	١١٩
ألفاظ الطلاق البدعى	١٢٠
ابن القيم وطلاق البدعة	١٢١
هل يقع الطلاق على الطلاق	١٢٢
نسوة لا يقع عليهن الطلاق	١٢٥
الطلاق الواقع من غير الزوج	١٢٦
المبحث الثانى " تقسيم الطلاق من حيث وقوعه "	١٢٩
النوع الأول : الطلاق المنجز	١٢٩

الموضوع	الصفحة
النوع الثانى : الطلاق المضاف	١٣٠
النوع الثالث : الطلاق المعلق	١٣٤
موقف القانون رقم ١٩٢٩/٢٥ من الطلاق المعلق	١٣٩
الطلاق ثلاث	١٤٠
الطلاق المتتابع	١٤٥
رأى القضاء	١٤٩
المبحث الثالث " تقسيم الطلاق من حيث إمكان الرجعة "	١٤٩
أولاً : الطلاق الرجعى	١٤٩
حكم الطلاق الرجعى	١٥٠
هل الإشهاد شرط لجواز الرجعة	١٥١
ركن الرجعة	١٥٣
ثانياً : الطلاق البائن	١٥٤
أولاً : الطلاق البائن لبنونة صغرى	١٥٤
حالات الطلاق البائن بينونة صغرى	١٥٤
ثانياً : الطلاق البائن بينونة كبرى	١٥٩
النكاح الذى تحل به المطلقة بائناً بينونة كبرى	١٥٩
معالم الزواج الثانى الذى أشار إليه قول الله عز وجل " تنكح زوجاً غيره "	١٦٠
ما هو الحكم إذا تزوج الزوج الثانى بشرط أن يحلل للزوج الأول	١٦١
الباب الثانى التطليق	١٦٥

الموضوع	الصفحة
المبحث الأول : التطليق لعجز الزوج عن الإنفاق على زوجته	١٦٧
التعريف بالتطليق لعدم الإنفاق	١٦٨
رأى الفقة فى تطليق القاضى على الزوج لعدم الإنفاق على الزوجة	١٦٩
رأى جمهور الفقهاء	١٦٩
رأى الأحناف	١٧١
وصف الفرقة لعدم الإنفاق	١٧٢
شروط التطليق لعدم الإنفاق	١٧٦
التطليق لعدم إنفاث الزوج الغائب	١٧٦
إذا كانت غيبة الزوج غيبة قريبة	١٧٨
إذا كانت غيبة الزوج غيبة بعيدة	١٨١
ما هو المال الظاهر الذى أشار إليه نص المادة الخامسة	١٨٢
ما هو المقصود بإعسار الزوج الذى أشار له نص الماة الخامسة	١٨٢
المبحث الثانى " التطليق لعيب بالزوج "	١٨٤
العيوب عند الأحناف	١٨٥
القانون ١٩٢٠/٢٥ والتطليق للعيب	١٨٦
الوطء حق متبادل لكل من الزوجين قبل الأخر	١٨٧
شروط التطليق على الزوج بالعيب	١٨٨
بدء مدة السنة	١٩٢

الموضوع	الصفحة
العنين الذى يؤجل سنة	١٩٢
إنكار الزوج إدعاء زوجته عليه بالعنن	١٩٣
الخلاف بين الزوجين بعد مضى مدة السنة	١٩٤
الفرقة للعيب تتوقف على قضاء القاضى	١٩٥
علم الزوج بعيب زوجها	١٩٥
زوجة المجنون	١٩٦
إثبات العيب	١٩٧
تأجيل الزوج المريض	١٩٨
وصف الطلاق بالعيب	٢٠١
إثبات العيب	٢٠٢
أحكام القضاء	٢٠٤
المبحث الثالث " التطليق للضرر "	٢٠٩
رأى الفقة فى التطليق للضرر	٢١٠
موقف القانون من التطليق للضرر	٢١١
المضارة بين الزوجين	٢١٢
المضارة وحق التأديب	٢١٣
شروط الضرر التى يجوز للزوجة طلب التطليق بسبب	٢١٦
اشترطت المادة السادسة فى الضرر ما يأتى	٢١٧
معيار الضرر	٢١٩
كيفية عرض الصلح فى دعوى التطليق للضرر	٢٢٠
إثبات الضرر الموجب للتطليق	٢٢١

الموضوع	الصفحة
المالكية وإثبات الضرر	٢٢٣
هل يجوز إثبات الضرر بقول الزوجة وحدها	٢٢٤
حق المرأة فى وطء الزوج	٢٢٥
معيار الضرر وتقديره	٢٢٨
الضرر معيار شخصى لا مادى	٢٣٠
ثبوت واقعة هجر الزوج زوجته فى الفراش تكفى ودهـــات للحكم بالتفريق	٢٣١
تكرار شطوى الزوجة من الضرر	٢٣٢
المراد بتكرار الشكوى	٢٣٣
شروط الشكوى الجديدة من الضرر	٢٣٣
هل يعبر العقم ضـــرراً يجيــز لزوجـــة طلــب التطليــق على الزوج	٢٣٦
بعث الحكمين	٢٣٩
شروط الحكمين	٢٤٠
قرار المحكمة ببعث الحكمين	٢٤٥
إختيار الحكمين	٢٤٥
طريق الحكمين عند المالكية	٢٤٧
مهمة الحكمين	٢٤٨
مجلس التحكيم	٢٤٨
تحديد مكان انعقاد مجلي التحكيم	٢٥٠
عمل المحكمين عند العجز عن الإصلاح بين الزوجين	٢٥٠

عمل المحكمين ٢٥١
طبيعة عمل المحكمين ٢٥٤
التحكيم عند الأحناف ٢٥٦
تقرير الحكمين ٢٥٦
مدى قوة قرار الحكمين – إذا اتفقا ٢٥٨
اختلاف الحكمين وما يترتب عليه ٢٥٩
الضرر محل الإثبات ٢٦٠
طبيعة عمل المحكمين فى نظر القانون ٢٦٤
المبحث الرابع " التطليق للزواج بأخرى " ٢٦٦
قلنا إن الإسلام لم يشرع تعدد الزوجات وإنما وجده ، فلماذا
لم ينص على إلغائه ؟ ٢٦٨
فكرة منع تعدد الزوجات ٢٧٢
القانون المصرى وتعدد الزوجات ٢٧٣
اتجاه الفقة المعاصر – من تعدد الزوجات ٢٧٤
الزواج بأخرى ٢٨١
شروط الضرر الواقع على الزوجة بسبب الزواج عليها ٢٨٥
الزواج بأخرى ليس قرينة على الإضرار بالزوجة الأولى .. ٢٨٦
البينة على الضرر ٢٨٩
مشروعية إلغائه بالزواج بأخرى ٢٩٣
تجدد طلب التطليق عند تجدد الزواج ٢٩٤
تعقيب لابد منه ٢٩٥
آراء المستشرقين ٢٩٦

سقوط حق الزوجة فى طلب التطليق للزواج عليها ٣٠٠
إثبات علم الزوجة بالزواج عليها ٣٠١
المبحث الخامس " التطليق لاستحكام الخلاف بين الزوجين " ٣٠٢
القانون والخلاف بين الزوجين ٣٠٢
إثبات امتناع الزوجة عن الطاعة ٣٠٨
إعلان الزوجة بالعودة لمنزل الزوجة ٣١١
اعتراض الزوجة على دعوة الزوج لها لمنزل الزوجية ٣١٦
المحكمة المختصة بنظر الاعتراض ٣١٨
مدة المعارضة ٣١٨
نظر الاعتراض ٣١٩
طلب التطليق من خلال الاعتراض على إنذار الطاعة ٣٢٢
رفض دعوى التطليق للضرر وأثره فى دعوى التطليق من
خلال الاعتراض ٣٢٦
الحكم بالتطليق من خلال الاعتراض ، وأثره
فى الاعتراض ٣٢٨
تنازل الزوج على إنذار الطاعة فى أثناء نظر الاعتراض .. ٣٢٩
المبحث السادس " التطليق للغيبة " ٣٣٠
موقف القانون من التطليق لغيبة الزوج ٣٣٠
ماهية الضرر الواقع على الزوجة بسبب غياب الزوج ٣٣٠
آراء الفقهاء فى التطليق للغيبة ٣٣١
شروط الغيبة ٣٣٥
وصف التطليق للغيبة ٣٣٦

الغائب إذا أمكن وصول الراسالة إليه ٣٣٨
الغائب نوعان ٣٣٩
المبحث السابع " التطليق لحبس الزوج " ٣٤٢
موقف القانون من زوجة المحبوس ٣٤٢
حكمة النص – ومصدره ٣٤٢
الإفراج عن الزوج أثناء نظر دعوى التطليق ٣٤٤
اعتقال الزوج ومدى حق الزوجة فى طلب التطليق ٣٤٦
المبحث الثامن " المفقـود " ٣٥٠
المفقود لغة ٣٥١
حكم المفقود فى الشرع ٣٥٢
زوجة المفقود وطلب التطليق ٣٥٣
موقف القانون من المفقود وزوجته ٣٥٥
أحكام القضاء فى المفقود ٣٥٨
المبحث التاسع " الخلع " ٣٦٣
الخلع كسبب للتفريق بين الزوجين ٣٦٣
التعريف بالخلع ٣٦٤
مشروعية الخلع ٣٦٥
التعريف بالخوف الذى يمكن الخلع بسببه ٣٦٨
أقسام الخوف الذى يكون سبباً لطلب التطليق للخلع ٣٦٩
الأحاديث التى وردت فى الخلع ٣٧١
وصف الخلع ٣٧٢
الخلع فى القانون ٣٧٣

تعريف الظاهرية للخلع ٣٧٤
شروط الدعوى بطلب الخلع ٣٧٦
أنواع الخلع ٣٨٠
أركان الخلع ٣٨١
مخالعة المرأة المعتدة ٣٨١
مدى مشروعية العوض ٣٨٥
شروط وجوب العوض فى الخلع ٣٨٩
مقدار العوض فى الخلع ٣٩٠
رأى الأحناف فى العوض الذى فيه زيادة على مقدار المهر ٣٩٢
القانون وبدل الخلع ٣٩٣
أقوال الفقهاء فى الخلع على نفقة الصغير وحضانته ٢٩٦
النزاع حول الخلع ٣٩٧
الطلاق الواقع بالخلع ٤٠٠
الطلاق على مال ٤٠٢
دور القاضى فى الخلع ٤٠٣
شروط التطليق فى دعوى الخلع ٤٠٤
حاصل النصوص السابقة ٤٠٦
وصف الحكم الصادر بالتطليق للخلع وحجته ٤٠٩
الفرق بين الخلع والمبارأة والطلاق على مال ٤١١
هل يلحق المعتدة من الخلع طلاق فى العدة ٤١٢
هل يثبت للمخالع رجعة فى عدة الخلع ٤١٣
هل يجوز للمخالع أن يشترط الرجعة ٤١٣

ما هو الحكم إذا شرط المخالع الخيار له أو للزوجة ٤١٤
أحكام القضاء فى الخلع ٤١٤
أحكام القضاء فى الطلاق على الإبراء ٤١٦
المبحث العاشر " التعريف بالإيلاء " ٤٢٣
تعريف الإيلاء ٤٢٣
الإيلاء شرعاً ٤٢٣
مشروعية الإيلاء ٤٢٤
ألفاظ الإيلاء ٤٢٥
هل يشترط فى الإيلاء أن يكون منجزاً ٤٢٦
مدة الإيلاء ٤٢٩
الفئ فى مدة التربص ٤٣١
الوقت الذى يكون فيه الفيئة ٤٣١
هل هناك فئ إلى الزوجة بغير جماع ٤٣٢
كيفية الفيئة عندج المالكية ٤٣٣
آثار الإيلاء عند عدجم الفئ ٤٣٤
ما الحكم إذا حلف الزوج على ترك قربان زوجته مدة
أربعة أشهر ٤٣٤
بطلان الإيلاء ٤٣٦
صفة الطلاق الواقع بالإيلاء ٤٣٧
عدد الطلاق الواقع بالإيلاء ٤٣٧
المبحث الحادى عشر " التطليق باللعان " ٤٣٩
الأصل الذى بنى عليه اللعان ٤٤١

صفة اللعان ٤٤٢
سبب اللعان ٤٤٢
شروط اللعان ٤٤٢
إذا تم اللعان بين الوزوجين أمام القاضى ترتب عليه ٤٤٤
وصف الحرمة بين المتلاعنين ٤٤٤
ما الحكم إذا صدقت الزوجة زوجها فى نفى نسب
ولدها منه ٤٤٨
شروط قطع النسب ٤٤٩
المبحث الثانى عشر " التطليق بالظهار " ٤٥٠
التعريف بالظهار وأصل مشروعيته ٤٥٠
أركان الظهار ٤٥٢
ما هو الحكم إذا كان المشبه به عضو من المشبه به ٤٥٣
شروط الظهار ٤٥٣
حكم الظهار ٤٥٤
انتهاء الظهار ٤٥٥
المقصود بالتماس الوارد بالنص ٤٥٧
سبب وجوب الكفارة فى الظهار ٤٥٨
آراء الفقهاء فى قوله تعالى " ثم يعودون لما قالوا ... " ٤٥٨
الكفارة فى الظهار ٤٥٩
المبحث الثالث عشر " التفريق بسبب إباء الزوج الإسلام " . ٤٦٠
الباب الثالث آثار الطلاق والتطليق ٤٦٧
المبحث الأول بدء آثار الطلاق والتطليق ٤٦٧

أولاً : آثار الطلاق والتطليق فى الشرع ٤٧٠
ثانياً : بدء آثار الطلاق والتطليق فى القانون ٤٧١
رأى الفقهاء فى الإشهاد على الطلاق ٤٧٣
ميعاد توثيق إشهاد الطلاق ٤٧٧
علم الزوجة بالطلاق ٤٨٠
الطلاق إذا أخفاه الزوج عن زوجته ٤٨٢
الواجبات التى على الطلاق ٤٩٢
واجبات الزوج عند الزواج ٤٩٣
واجبات الموثق ٤٩٣
المبحث الثانى " فى آثار الطلاق " ٤٩٦
الفصل الأول : فى العدة ٤٩٧
التعريف بالعدة ٤٩٧
مبدأ العدة ٤٩٩
أنواع العدة ٥٠٠
أولاً : العدة بالأقراء ٥٠١
الخلوة الفاسدة ووجوب العدة ٥٠١
الوطء ووجوب العدة ٥٠٢
معنى القرء ٥٠٢
ثانياً : العدة بالأشهر ٥٠٤
موت الزوج فى عدة المطلقة ٥٠٥
المطلقة بائنا إذا مات زوجها وهى فى العدة ٥٠٦
هل يعتبر الحيض فى عدة الوفاة ٥٠٦

ثالثاً : العدة بوضع الحمل ٥٠٧
هل الحامل من الزنا لها عدة ٥٠٨
بدء العدة ٥١٠
أولاً : العدة بالقروء ٥١٠
مكان عدة المطلقة ٥١١
مكان عدة المتوفى عنها زوجها ٥١١
عدة زوجة المفقود ٥١٢
المقادير التى تنتهى بها العدة ٥١٣
ما يعتبر به انقضاء العدة ٥١٤
كيفية التعريف على انقضاء العدة ٥١٤
أحكام العدة ٥١٦
الفصل الثانى : مراجعة المطلقة فى خلال العدة ٥١٩
التعريف بالرجعة ٥١٩
شروط الرجعة ٥٢٠
ما هو الحكم إذا أدعى الزوج الدخول والخلوة بزوجته ،
وأنكرت هى ذلك ٥٢٠
ثبوت الطهر يكون بأحد أمرين ٥٢٣
موقف القانون من الطلاق الرجعى ٥٢٥
أحكام القضاء ٥٢٨
ثانياً : الشافعية والرجعة ٥٢٨
ثالثاً : المالكية وارجعة بالقول أو الفعل ٥٣٠
رابعاً : الحنابلة والرجعة ٤٣١

إعلام الزوجة بالرجعة والإشهاد عليها ٥٣١
موقف القانون من إثبات الرجعة ٥٣٥
إدعاء الرجعة فى المجلس ٥٣٩
الفصل الثالث : خطبة المطلقة فى عدتها ٥٤٣
الخطبة بطريق التصريح فى العدة ٥٤٣
الخطبة بطريق التعريف ٥٤٤
أثر خطبة معتدة الغير ٥٤٥
هل يجوز لصاحب العدة أن يخطب معتدته ٥٤٦
الفصل الرابع : الطلاق زنفقة المطلقة ٥٤٨
المعتدة واستحقاق النفقة ٥٥٠
أولاً : المعتدة من طلاق رجعى ٥٥١
ثانياً : المعتدة من طلاق بائن ٥٥٢
ثالثاً : المعتدة من وفاة ٥٥٤
هل يجوز للزوجة إبراء زوجها من نفقة العدة قبل طلاقها .. ٥٥٥
جبر الزوج على اداء النفقة ٥٥٦
الجنس فى نفقة الزوجة ٥٦٠
استدانة النفقة على الزوج ٥٦٠
هل تسقط نفقة الزوجة بعد صيرورتها ديناً فى ذمة الزوج . ٥٦١
شروط التنفيذ بالحبس ٦٢
أمر المحكوم علم بأداء ما حكم به من نفقة وما حكمها ٥٦٦
المحكمة المختصة بنظر دعوى الحبس ٥٦٧
التنفيذ طبقاً للمادة ٢٩٣ من قانون العقوبات ٥٦٧

النفقة فى النكاح الفاسد والوطء بشبهة ٥٦٩
ما هـو الحكـم إذا أنفـق الرجـل فـى النكـاح الفاسـد
أو الوطء بشبهة ٥٧٠
الفصل الخامس : الطلاق وإرضاع الصغير ٥٧١
تعريف الرضاع ٥٧٢
الحق فى الرضاع ٥٧٢
الطلاق وأجر الرجعة ٥٧٥
الطلاق وأثره على لبن المطلقة ٥٧٧
لبن الفحل ٥٧٩
شروط الرضاع المُحَرِّم ٥٧٩
مقدار الرضاع المُحَرِّم ٥٨٠
مدة الرضاع المُحَرِّم ٥٨٢
القضاء وأجر الإرضاع ٥٨٤
الفصل السادس : الطلاق وحضانة المطلقة ٥٨٦
التعريف بالحضانة ٥٨٦
سبب الحضانة ٥٨٦
مشروعية الحضانة ٥٨٦
من له الحضانة بعد الفرقة ٥٨٧
موقف القانون رقم ١٩٢٩/٢٥ من حضانة الأم بعد الفراق ٥٨٩
الصغير بعد بلوغ أقصى سن الحضانة ٥٩١
شروط الصلاحية للحضانة ٥٩٨
نساء لا يثبت لهن حق حضانة الصغير ٦٠٦

مكان الحضانة ٦٠٧

تعين مكان الحضانة ٦٠٨

رؤية الصغير ٦٠٩

مدة الرؤية ٦١٣

أحكام القضاء فى رؤية الصغير ٦١٨

ترتيب العصبات ٦٢٣

ترتيب الحاضنات عند المالكية ٦٢٥

ترتيب قرابات الأب من النساء فى الحضانة عند المالكية ... ٦٢٦

ترتيب العصبات فى الحضانة عند المالكية ٦٢٧

ترتيب الحاضنات عند الحنابلة ٦٢٧

الفصل السابع : الطلاق ومسكن الحضانة ٦٢٨

مسكن الحضانة قبل صدور المادة ١٨ مكررا ثانيا ٦٢٩

القصود بالمسكن فى باب الحضانة ٦٣٠

الالتزام بمسكن الحضانة ٦٣١

شروط استمرار الحاضنة بعد الطلاق فى شغل مسكن

الزوجة المؤجر مع المحضون ٦٣٣

مال الصغير إما حاضر وإما غائب ٦٣٧

شغل الحاضنة والمحضون لمسكن الزوجة غير المؤجر ٦٣٨

التعويض عن مسكن الحضانة ٦٤٠

استرداد المطلق مسكن الزوجة ٦٤٢

ثانياً : سقوط حق الحضانة ٦٤٧

ثالثاً : انتقال حق الحضانة ٦٤٧

الفصل الثامن : الطلاق وانتقال المطلقة بالمحضون ٦٥١
مكان الحضانة ٦٥١
انتقال الحاضنة غير الأم ٦٥١
انتقال الأب بالمحضون ٦٥٧
عمل الحاضنة وأثره على حقها فى الحضانة ٦٥٨
حقوق المحضون على حاضنته ٦٦٠
حق الصغير فى رؤية والديه وحقهما فى رؤيته ٦٦٢
أصحاب حق رؤية الصغير عند حاضنته ٦٦٤
تنظيم حق الرؤية ٦٦٥
مكان رؤية الصغير ٦٦٧
حكم الرؤية وتنفيذه ٦٦٧
تقرير نص القانون بشأن حق الرؤية ٦٦٨
ضم الصغير إلى العاصب ٦٧٠١
وقت حضانة العصبات وترتيبهم ٦٧٨
ترتيب المحارم ٦٨١
المالكية ومكان حضانة الصغير ٦٨٤
الشافعية وانتقال الحاضنة ٦٨٦
الحنابلة وانتقال الحاضنة ٦٨٦
الظاهرية وانتقال الحاضنة ٦٨٦
الفصل التاسع : الطلاق وأجر الحضانة ٦٨٧
طبيعة أجر الحاضنة ٦٨٨
هل تستحق الأم أجر حضانة خلال أجل عدتها ٦٨٩

القضاء وأجر الحضانة ٦٩٢
رأى فى أجر الرضاع وأجر الحضانة بعد الطلاق ٦٩٢
الفصل العاشر : الطلاق والمهر ٦٩٤
الفراق بين الزوجين والمهر ٦٩٨
ما هو الحكم إذا كان المهر المسمى لم يفرض بعقد النكاح ،
وإنما تراضيا عليه الزوجان بعد العقد ٦٩٨
سقوط المهر كله قبل الدخول ٦٩٩
الفرقة بين الزوجين بعد حصول ما يؤكد المهر ٧٠٠
الفصل الحادى عشر : الطلاق والمتعة ٧٠٢
تعريف المتعة ٧٠٢
أساس مشروعية المتعة ٧٠٢
الأحناف ٧٠٣
أولاً : المطلقة قبل الدخول والخلوة الصحيحة ٧٠٣
ثانياً : المطلقة بعد الدخول ٧٠٤
المفوضة التى لم يسم لها مهر ٧٠٦
المالكية ٧٠٧
أولاً : مطلقة قبل الدخول وقبل تسمية المهر ٧٠٧
ثانياً : المطلقة قبل الدخول وبعد التسمية ٧٠٨
ثالثاً : المطلقة بعد الدخول وقد سمى لها صداق أو
لم يسم لها ٧٠٩
هل حق المتعة تركة تورث ٧١١
الشافعية ٧١٢

أولاً : إذا طلق كان الطلاق قبل الدخول بالزوجة ٧١٢
ثانياً : إذا كان الطلاق بعد الدخول بالزوجة ٧١٣
المتعة عند الشافعية يستوى فيها المسلم والذمى ٧١٣
الحنابلة ٧١٣
التعويض عند الحنابلة على ضربين ٧١٣
الظاهرية ٧١٥
موقف القانون من متعة المطلقة ٧١٥
شروط استحقاق المتعة ٧١٧
طلاق القاضى هل تلزم فيه متعة ٧١٨
دفع استحقاق المطلقة للمتعة ٧٢٣
تقسيط المتعة بعد القضاء بها ٧٢٤
الفصل الثانى عشر : فى الطلاق والنسب ٧٢٥
ثبوت النسب بالفرقة ٧٢٧
أولاً : ثبوت نسب ولد المطلقة قبل الدخول والخلوة ٧٢٧
ثانياً : نسب ولد المعتدة من طلاق رجعى ٧٢٩
ثالثاً : نسب ولد المعتدة من طلاق بائن ٧٣١
رابعاً : نسب ولد المعتدة من وفاة ٧٣٢
الصغيرة المعتدة من وفاة إذا جاءت بولد ٧٣٣
خامساً : ثبوت نسب ولد المعتدة لغيبة الزوج ٧٣٤
المعتدة من نكاح فاسد أو وطء بشبهة إذا جاءت بولد ٧٣٥
موقف القانون ١٩٢٩/٢٥ من إثبات نسب ولد المطلقة
والمتوفى عنها زوجها ٧٣٥

الفصل الثالث عشر : الطلاق والميراث ٧٣٧
دليل ميراث الزوجة ٧٣٧
ميراث ولد الملاعنة ٧٣٨
موقف قانون الميراث ٧٤٠
ميراث المفقود ٧٤٠
هل يرث المفقود مورثه ٧٤١
المفقود له حالات بالنسبة لميراثه من غيره ٧٤١
الفصل الرابع عشر : الزواج خلال أجل العدة ٧٤٢

مطابع شتات

ت: ٢٢٢٧٣٦٧٠ / ٠٤٠

فاكس: ٢٢٢٤٦٨٢ / ٠٤٠

المحلة الكبرى - السبع بنات ٥٧ ش رشدى